Die

exheredatio bona mente facta

(Enterbung aus guter Absicht)

im römischen, gemeinen, partikulären und bürgerlichen Recht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Emil Rosenberg
Rechtspraktikant in Landau in der Pfalz

München 1914
C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung Oskar Beck

Referent: Lothar von Seuffert

Mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität München ist nur der erste Teil einer vollständig vorgelegten größeren Arbeit als Dissertation gedruckt worden. Das ganze Werk erscheint als 2. Heft des XXVII. Bandes der Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Dr. Otto Fischer ord. Professor der Rechte in Breslau.

Meinen lieben Eltern

Vorwort

Am Anfang der Geschichte des Erbrechts steht bei den Römern wie bei den Germanen die gesetzliche Erbfolge. Später führt die Entwicklung des Rechts zur Ausbildung der testamentarischen Erbfolge. Mit ihrer Zulassung gewinnt der Erblasser die Möglichkeit seine nächsten Angehörigen zugunsten fremder Personen gänzlich von seiner Hinterlassenschaft auszuschließen. Man hat nun im römischen wie im deutschen Recht die Unbegrenztheit dieser Freiheit des Testators als unbillig empfunden und eingeschränkt, sei es durch das Pflichtteilsrecht, d. h. das Recht gewisser naher Angehöriger des Testators einen bestimmten Wertsanteil der Erbschaft frei von jeder Beschränkung unter allen Umständen beanspruchen zu können, sei es durch die Beschränkung der Testierbefugnis auf einen Teil des Nachlasses, während der andere den gesetzlichen Erben reserviert blieb. Nun kommen im Leben aber Fälle vor, in denen der Erblasser rechtsschutzwürdige Gründe hat, dennoch seinen Angehörigen seine Verlassenschaft ganz zu entziehen oder wenigstens nicht ohne Beschränkungen zu gewähren. Diesem Bedürfnis kommt das Recht entgegen durch Aufstellung von Normen, die es gestatten das Pflichtteilsrecht beim Vorliegen gewisser Ursachen außer acht zu lassen. Diese Ursachen können von zweierlei Art sein. Es sind entweder Umstände, die der berechtigten Abneigung des Erblassers Veranlassung geben, seinen Angehörigen den Pflichtteil zu entziehen, oder es sind Umstände, die ihm nahelegen, im Interesse der Angehörigen selbst deren Pflichtteilsrecht zu beschränken. Dieser Fall, in dem man von einer Enterbung aus guter Absicht oder einer exheredatio bona mente facta spricht, wird der Gegenstand der folgenden Darstellung sein.

Landau (Pfalz), Frühjahr 1914

Emil Rosenberg

Inhaltsverzeichnis

Erstes Hauptstück.

Geschichtlicher Teil.

I. Abschnitt.

Das römische und gemeine Recht.

1. Kapitel.

Die Entwicklung des Rechtsinstituts im allgemeinen.

§ 1. Das vorjustinianische Recht.

Die exheredatio bona mente hat zur Voraussetzung das Vorhandensein eines objektiven Pflichtteilsrechts. Das älteste quellenmäßig nachweisbare Recht kannte bereits die testamentarische Erbfolge, aber noch kein Pflichtteilsrecht.[1]) Die zweite Entwicklungsstufe ist gekennzeichnet durch Ausbildung des sog. formellen Noterbrechts, das aber auch keine Pflicht des Testators statuierte, gewissen Personen unter allen Umständen etwas zu hinterlassen. Wahrte er die erforderliche Form, so konnte er auch die sui von seiner Hinterlassenschaft ausschließen. Freilich konnte diese Ausschließung auch damals schon bona mente erfolgen, weil die inneren Voraussetzungen für sie natürlich gegeben sein konnten. Das römische Noterbrecht trat in eine neue Phase durch die Praxis des Centumviralgerichts. Die konstante Praxis dieses Gerichts gewährte gewissen Angehörigen des Testators eine Klage auf Umstoßung des Testaments, sofern sie im Testament nicht bedacht waren. Der Testator konnte die Querel vermeiden, wenn er den betreffenden Personen, den sogenannten Pflichtteilsberechtigten, eine bestimmte Quote ihres Erbteils, den Pflichtteil, hinterließ. Auch konnte er die Noterben ganz von seiner Verlassenschaft ausschließen, wenn sie sich schlecht gegen ihn betragen hatten. Denn in diesem Fall konnte von einer Lieblosigkeit seinerseits keine Rede sein. Wann Gründe für die Exheredation vorhanden waren, bestimmte das Ermessen des Centumviralgerichts, da es gesetzliche Enterbungsgründe damals noch nicht gab.

Erst jetzt waren die Bedingungen auch für die Ausbildung der exheredatio bona mente als eines eigenen Rechtsinstituts vorhanden. Wenn früher eine Mutter dem verschwenderischen Vater ihres Kindes miß-

[1]) l. 120 D. 50, 16. Uti legassit suae rei, ita jus esto.

traute, konnte sie ihr Kind enterben und einen Fremden zum Erben einsetzen mit der Bitte, die Erbschaft ihrem Kinde zu restituieren, sobald es sui juris geworden sei. Diese Enterbung geschah zwar aus guter Absicht, trug aber keinen singulären Charakter sondern hatte vielmehr zur Grundlage die unbeschränkte Verfügungsfreiheit der Testatoren damaliger Zeit. Nach dem Aufkommen des Pflichtteilsrechts wäre eine solche Enterbung eigentlich nicht mehr erlaubt gewesen. Denn der bona mente Enterbte gab ja keineswegs durch schlechtes Betragen dem Erblasser zur Enterbung Anlaß. Wollte man, daß in solchen Fällen nach wie vor der Testator das Recht zur Enterbung haben solle, so mußte man das jetzt ausdrücklich hervorheben. Und das geschah.

Wir haben in den Digesten und im Kodex eine Reihe von Stellen, die schon für die vorjustinianische Zeit die Existenz einer exheredatio bona mente beweisen. Diese Stellen mögen einer kurzen Erläuterung unterzogen werden.

I. Ulpian[2]) bezeichnet es als weitverbreitete Sitte, Kinder nicht zur Strafe, sondern ihres eigenen Vorteils halber zu enterben und dann durch Universalfideikommiß für sie zu sorgen. Als rechtfertigende Ursache führt er beispielsweise die Unmündigkeit der Kinder an. Diese Sitte ist mit den Vorschriften des regulären Noterbrechts nicht vereinbar, da ohne Vorliegen eines Undankbarkeitsgrundes der Pflichtteil entzogen oder wenigstens in verbotener Weise[3]) beschränkt wird.

II. Paullus[4]) berichtet von einem dem vorigen ganz ähnlichen Fall. Ein Vater hatte seine beiden noch unerwachsenen Kinder enterbt, ihre Mutter als Erbin eingesetzt und sie im Testament ersucht, nach Ablauf einer gewissen Zeit den Kindern die Erbschaft in einem gewissen Verhältnis zu restituieren. Zu diesem Vorgehen hatte ihn augenscheinlich die Unmündigkeit seiner Kinder bewogen. Gegen die Gültigkeit der Enterbungen wurde kein Einwand erhoben, wiewohl sie gegen das Noterbrecht verstießen, da die Pflichtteile befristet hinterlassen waren. Daß es sich um eine völlige Enterbung handelte und nicht etwa die legitima ordnungsmäßig gewährt war, geht schon daraus hervor, daß im weitern Verlauf des Textes die egestas der Fabia Valeriana, der Tochter des enterbten Sohnes, erwähnt wird, eine egestas, welche ja nicht gegeben gewesen wäre, wenn ihrem Vater der Pflichtteil zugewendet worden wäre.

III. In einem Reskript der Kaiser Diokletian und Maximian[5]) wird

[2]) l. 18 D. 28, 2. (Ulpianus libro LVII ad ed.)
[3]) l. 32 C. 3, 28. l. 36 § 1 C. h. t.
[4]) l. 74 § 1 D. 36, 1. (Paullus libro II decretorum.)
[5]) l. 25 C. 3, 28. (Imp. Diocletianus et Maximianus Menodoto [a. 301].)

das Testament einer Mutter behandelt, welche von ihrem Manne eine üble Meinung hatte und darum für ihre Kinder dadurch sorgte, daß sie dieselben unter der Bedingung der Emanzipation durch ihren Vater zu Erben einsetzte. Der Vater unterließ die Emanzipation und erhob Klage auf Umstoßung des Testaments. Da die Querel einen Testamentserben als Beklagten voraussetzte, werden wir annehmen dürfen, daß für den Fall der Nichtemanzipation die Kinder enterbt waren und ein Fiduziarerbe eingesetzt war, dem ein Universalfideikommiß zugunsten der Kinder aufgetragen war. Als Grund der testamentarischen Anordnung gibt das Reskript das Mißtrauen der Mutter gegen ihren Gatten an. Obschon nun offensichtlich die mütterliche Verfügung nach allgemeinen Regeln eine Verletzung des Noterbrechts enthielt, wurde dennoch die querela inofficiosi versagt und zwar mit der Begründung, die Mutter habe ihren Kindern kein Unrecht zugefügt, sondern vielmehr für sie sorgen wollen. Diese Entscheidung kann nur auf dem Institut der exheredatio bona mente beruhen.

IV. Tryphonin[6]) handelt von der cura furiosi ac prodigi und führt etwa aus: Wenn ein Vater seinem großjährigen aber wahnsinnigen Sohn testamentarisch einen Kurator bestimmt, so ist der Prätor gehalten diesen Mann zu bestellen. Dasselbe muß gelten, wenn es sich um einen filius prodigus handelt. Indes fragt es sich, ob der Prätor unter allen Umständen den Willen des Testators erfüllen muß oder ob er prüfen darf, ob wirklich Prodigalität vorliegt. Diese Frage ist dahin zu beantworten, daß immer der väterliche Wille zu befolgen ist. Freilich könnte der Erblasser auch noch auf anderem Weg für seine Familie sorgen. Er könnte seine Enkel instituieren und seinen Sohn unter Hinterlassung von Alimenten exheredieren. Sollte er die Enkel nicht in der Gewalt haben, so könnte er sie unter der Bedingung der Emanzipation durch ihren verschwenderischen Vater zu Erben einsetzen. Allein dieses Hilfsmittel würde versagen, wenn der Vater die Emanzipation verweigerte; zu ihrer Vornahme kann er ja nicht gezwungen werden. Da also dieser Weg nicht immer zum erwünschten Ziele führt, so ist stets der Wille des Testators auszuführen, damit nicht ein Verschwender, der von seinem Vater richtig beurteilt ist, vom Prätor für fähig erklärt wird, sein Vermögen zu verwalten. Auch aus dieser Stelle geht klar hervor, daß eine testamentarische Verfügung, die den Vorschriften des Pflichtteilsrechts direkt zuwider läuft, gültig ist, wenn sie bona mente erfolgt und aus einem berechtigten Grunde geschieht, der in unserm Fall in dem Wahnsinn bezw. in der Verschwendungssucht des Noterben gesehen wird.

---

[6]) l. 16 D. 27, 10. (Tryphoninus libro XIII disputationum.)

V. Pomponius[7]) stellt folgenden Fall auf: Ein Vater hatte seinen Sohn emanzipiert, seinen Enkel dagegen in seiner Gewalt zurückbehalten. Der Sohn setzte einen Fremden zu seinem Erben ein, der die Erbschaft seinem Kinde restituieren sollte, sobald es aus der großväterlichen Gewalt entlassen sei. Sein Kind präterierte er, weil er seinen Vater im Verdacht hatte, er werde die Erbschaft seines Enkels, die dieser ja für ihn erworben hätte, verschleudern. Dieses Testament hält der Jurist für gültig und versagt dem Großvater die bonorum possessio contra tabulas, obwohl die Regeln des Noterbrechts unbeachtet geblieben waren. Er betrachtet also offenbar den Tatbestand als einen Anwendungsfall der exheredatio bona mente.

VI. Papinian[8]) berichtet uns: Eine Frau war unter Hinterlassung einer Tochter gestorben. Sie hatte nicht gewünscht, daß ihr Nachlaß unter die Verwaltung des Vormunds ihrer Tochter komme, sondern hatte es vorgezogen ihre Tochter zu enterben, einen Verwandten zum Erben einzusetzen und ihn zu ersuchen, die Erbschaft ihrer Tochter zu restituieren, sobald sie ein bestimmtes Alter erreicht habe. Es trat an Papinian die Frage heran, ob der Fiduziar auch die bona fide gezogenen Früchte der Erbschaft herausgeben müsse und der Jurist bejahte diese Frage. Wir haben damit einen weiteren Fall, in dem durch betagte Hinterlassung des Pflichtteils gegen das materielle Noterbrecht verstoßen war, und trotzdem wurde die Frage der Querel nicht einmal aufgeworfen, sondern die Gültigkeit des Testamentes ohne weiteres vorausgesetzt.

VII. Javolenus[9]) wird in einer Testamentsangelegenheit um Rat gefragt. Ein Vater hatte sein Vermögen einem Freunde hinterlassen mit der Bitte, es seinem Sohne Seius Ozeanus zu restituieren, sobald er 16 Jahre alt geworden sein würde, seinen Sohn hatte er augenscheinlich enterbt. Der Sohn war vor Vollendung des 16. Lebensjahres gestorben und es erhob sowohl der Fiduziar als auch der Erbe des Sohnes auf die Erbschaft Anspruch. Javolen entschied zugunsten des Erben des Seius Ozeanus: der Todestag des Erblassers müsse auch hier als dies cedens gelten. Der Testator habe keineswegs durch Angabe der Erfüllungszeit des Fideikommisses einen für den Erben seines Sohnes verhängnisvollen dies incertus schaffen wollen, sondern lediglich dem Fiduziar die Stellung eines Vormundes anweisen wollen. Wir haben in dieser Stelle wiederum einen Fall eigentlich unzulässiger Enterbung vor uns, die offenbar nur in der guten Absicht des Erblassers das Vermögen seines unmündigen Sohnes vor den Gefahren der Tutel zu bewahren, ihre Rechtfertigung finden kann.

---

[7]) l. 16 D. 37, 4. (Pomponius libro IV ad Sabinum.)

[8]) l. 3 § 3 D. 22, 1. (Papinianus libro XX quaest.)

[9]) l. 46 D. 36, 1. (Javolenus libro XI epistul.)

VIII. Afrikanus[10]) erklärt ein Testament für gültig, in dem eine Mutter ihren Sohn für die Zeit seiner Mündigkeit zum Erben eingesetzt, ihm also den Pflichtteil keineswegs unbefristet hinterlassen hatte. Diese Entscheidung ist nur auf der Grundlage der exheredatio bona mente zu verstehen.

IX. Ulpian[11]) handelt von der Verlassenschaft des väterlichen Freigelassenen und erklärt, daß ein non mala mente enterbter Sohn von ihr nicht ausgeschlossen werde. Er setzt dabei als bekannt voraus, daß jemand aus guter Absicht enterbt werden könne, wenn die Umstände es ratsam erscheinen lassen, z. B. weil er geisteskrank oder unmündig ist.

X. Ein responsum des Paullus[12]) behandelt fast die gleiche Frage. Bei der Besprechung der Hinterlassenschaft des großväterlichen Freigelassenen setzt auch Paullus das Rechtsinstitut der exheredatio bona mente als allgemein bekannt voraus.

Die Beweiskraft einiger der hier besprochenen Gesetzesstellen wurde verneint von C. F. Hommel,[13]) von W. Franke[14]) und an diesen anschließend von dem mit Namen nicht genannten Rezensenten des Franckeschen Buches.[15])[16])

Hommel führt aus: In der Zeit, aus der die Quellenstellen stammen, war die Gewalt des Testators zu enterben größer als später, die Söhne pflegten die väterliche Fürsorge anzuerkennen und sich freiwillig zu unterwerfen. Wollten sie das aber nicht tun, dann versprach ihnen die l. 47 D. 38, 2 und die l. 12 § 2 h. t., daß ihnen die Enterbung nicht schaden solle, daß sie vielmehr die bonorum possessio contra tabulas erhalten sollten. Der Mangel der freiwilligen Anerkennung machte das Testament unwirksam.

Franke bespricht eingehend die einzelnen Stellen und erledigt:

a) l. 18 D. de lib. et posth.: Hier sagt Franke liegt die Sache so: Nach dem Rechte der Pandekten konnte der Vater willkürlich aus jedem beliebigen Grunde seine Kinder exheredieren und unsere Stelle enthält nichts weiter als die höchst einfache Bemerkung, daß nicht jede solche Exheredation zur Strafe geschah, sondern wohl auch in guter Absicht angeordnet wurde. In diesem Fall konnte die Querel allerdings nicht erhoben werden, aber nicht wegen der guten Absicht des Erblassers, sondern aus dem allgemeinen

---

[10]) l. 33 pr. D. 28, 6. (Africanus libro II Quaest.)

[11]) l. 12 § 2 D. 38, 2. (Ulpianus libro XLIV ad ed.)

[12]) l. 47 pr. D. 38, 2. (Paullus libro XI respons.)

[13]) Vol. V obs. 652. [14]) Noterbenrecht § 34.

[15]) Schunks Jahrbücher Bd. 19 S. 162.

[16]) nicht auch von Zimmern (Archiv für civ. Praxis Bd. 8 S. 153), wie C. J. Mühlenbruch (Pandektenkommentar Bd. 37 S. 396) annimmt.

Grund, weil dem Enterbten der volle Pflichtteil hinterlassen war, und notwendig war damals gar nicht, daß das Hinterlassene ohne alle Zeitbeschränkung gegeben wurde. Seitdem aber nach Justinians späteren Verordnungen nicht nur zur Gültigkeit der Enterbung das Dasein einer bestimmten Enterbungsursache verlangt wird, sondern auch der Pflichtteil nicht mehr unter Zeitbestimmungen hinterlassen werden darf, kann auch die Gültigkeit jener Enterbung nicht mehr behauptet werden.

b) l. 25 C. de inoff. test: Nach altem Recht erwarben die Söhne die mütterliche Erbschaft nicht für sich sondern für ihren Vater. Mißtraute die Mutter dem Vater, so konnte sie entweder einen Fremden, dem sie größeres Zutrauen schenkte, zum Erben einsetzen und den Kindern für die Zeit, da sie sui juris sein würden, die Erbschaft durch Universalfideikommiß hinterlassen oder sie konnte die Kinder selbst auf den Fall der Emanzipation zu Erben ernennen. Dann war für die Kinder eine Querel nicht begründet, welche durch sie dem Vater hätte erworben werden können; denn nur eine Entziehung des Pflichtteils begründete sie, hier aber war den Söhnen die ganze Erbschaft für die Zeit hinterlassen, da sie dieselbe für sich erwerben konnten. Das neuere Recht verlangt nun teils, daß die Mutter ihre Kinder zu Erben und zwar unbedingt einsetze, und ferner muß der Pflichtteil ohne Zeitbeschränkung hinterlassen sein. Damit hat Justinian die Bestimmung der l. 25 C. 3, 28 aufgehoben.

c) l. 16 D. de bon. poss.: Auch in dieser Stelle wurde dem Noterben sein Pflichtteil ordnungsmäßig, d. h. durch Universalfideikommiß gewährt. Die Versagung der bonorum possessio contra tabulas kann allerdings singulär erscheinen. Sie wird jedoch nicht dem Noterben, sondern nur einem Dritten, dem Großvater, versagt. Und deshalb läßt sich hieraus gar nicht herleiten, daß die Rechtsmittel auf Anfechtung des Testaments dem Noterben selbst versagt werden dürfen, in Fällen da er diese für sich selbst erwirbt. Sondern nur das ließe sich aus dieser Stelle entnehmen, daß dem Vater in ähnlichen Fällen zur Sicherung des Kindes seine Rechte, d. h. die Administration und der Nießbrauch genommen werden könnten. Aber auch das hat Justinian in Novelle 117 beseitigt.

d) l. 12 § 2 D. de bon. libert.: Es wird Bezug genommen auf die Freiheit des Testators, sein Kind aus jedem beliebigen Grunde zu exheredieren, wenn ihm nur irgendwie, hier durch Universalfideikommiß, der Pflichtteil gewährt wurde, und hierauf wird konstatiert, daß nicht jeder aus irgendeinem Grunde willkürlich Enterbte, sondern nur der zur Strafe seiner Schlechtigkeit Exheredierte sein Erbrecht gegen die Freigelassenen des Vaters verliere.

e) l. 16 § 2 D. de cur. fur.: Hier ist überhaupt nicht von einer Enterbung des Sohnes zu seinem eigenen Besten sondern zum Besten Dritter

die Rede. Im übrigen enthält die Stelle nichts besonderes. Der Sohn wird enterbt, was wie schon mehrmals betont, willkürlich geschehen kann, und es wird ihm dabei der Pflichtteil ordnungsmäßig hinterlassen, was aus den Worten: quantum sufficeret hervorgeht, die so aufzufassen sind, als wenn es hieße: quantum sufficeret ad excludendam querelam.

Es ist nicht schwer, die Ausführungen Hommels zu widerlegen. Die von ihm zitierten leges 12 § 2 und 47 D. de bon. libert. besagen nichts weiter, als daß eine exheredatio bona mente dem Enterbten in bezug auf die Verlassenschaft des väterlichen oder großväterlichen Freigelassenen nichts schaden, daß er vielmehr die bonorum possessio libertorum bekommen solle. Mehr besagen sie nicht, insbesondere läßt sich aus dem „non nocere" mit Rücksicht auf den ganzen Zusammenhang niemals der Schluß ziehen, es solle damit die Ungültigkeit der exheredatio bona mente allgemein ausgesprochen werden, zum Überflusse beschränkt l. 47 die Wirkung des non nocet ausdrücklich auf die bonorum possessio libertorum und bei alledem ist noch unberücksichtigt gelassen, daß Hommel die weiteren acht von uns angeführten leges vollständig ignoriert.

Weit größere Aufmerksamkeit verdienen die von Franke vorgebrachten Gründe.[17])

a) l. 18 D. de lib. et posth.; Franke hat hier völlig übersehen, daß bereits im Jahre 529,[18]) also fast ein Jahr früher als die Abfassung der Pandekten anbefohlen war, in einer Konstitution der Grundsatz aufgestellt wurde, daß der Pflichtteil nicht durch Bedingungen usw. beschränkt werden dürfe, und daß Justinian im Jahr 531,[19]) somit länger als zwei Jahre vor Vollendung der Pandekten, erklärte, daß der Pflichtteil auch nicht durch fideikommissarische Zuwendung hinterlassen werden dürfe, vielmehr in solchen Fällen die Restitution gleich nach dem Tode des Testators erfolgen solle. Wenn nun dennoch in den zeitlich späteren Pandekten nicht etwa im Zusammenhang mit andern Sätzen sondern in einem eigenen Exzerpt die in wohlmeinender Absicht geschehene Enterbung unter fideikommissarischer Hinterlassung des Pflichtteils gebilligt wird, so will der Kaiser damit offenbar mit Rücksicht auf die gute Absicht eine Ausnahme von den in beiden Konstitutionen aufgestellten Grundsätzen schaffen, ohnehin geht ja das neuere Recht dem älteren vor. Wenn nun auch die erwähnten Konstitutionen in den Kodex von 534 aufgenommen wurden und damit den Digesten wieder zeitlich vorgingen, so ist dennoch nicht anzunehmen, daß Justinian an dem vorhandenen Rechtszustand etwas hat ändern wollen, vielmehr ist auf-

---

17) Vgl. zum folgenden Glück-Mühlenbruch Bd. 37 S. 391 ff.

18) l. 32 C. 3, 28. 19) l. 36 § 1 C. 3, 28.

zustellen, daß l. 18 als jus speciale dem in den Konstitutionen ausgesprochenen jus generale derogiert.

Allein damit sind die Sätze Frankes, soweit sie sich auf die vorjustinianische Zeit beziehen, noch nicht getroffen. Wir werden darum dem Vorgetragenen noch folgendes hinzufügen müssen: Aus der Fassung der l. 32 C. 3, 28 kann man entnehmen, daß in früherer Zeit die Beisetzung irgendeines Gravamen zur Folge hatte, daß das Testament mit der querela inofficiosi angefochten werden konnte. Der Gedankengang Justinians war offenbar der: „Im früheren Recht konnte das Testament ungültig werden, wenn dem Noterben weniger als der Pflichtteil hinterlassen war. Diesen Mißstand habe ich durch verschiedene Konstitutionen beseitigt. Der gleiche Mißstand ergibt sich aber, wenn die legitima mit einer conditio usw. beschwert ist. Darum ordne ich an, daß derartige gravamina in Zukunft einfach zu streichen sind." Damit ist festgestellt, daß auch im vorjustinianischen Recht der Pflichtteil nicht durch gravamina belastet werden durfte[20]) und die Behauptung Frankes, daß im früheren Recht es nicht notwendig gewesen sei, das Hinterlassene ohne alle Zeitbeschränkung zu gewähren, als unrichtig erwiesen. Das Singuläre der in l. 18 aufgestellten Rechtsnorm ist also aufgezeigt.

b) l. 25 C. de inoff. test.: Wir haben eben erst gesehen, daß enterbte Pflichtteilsberechtigte, denen die legitima zeitlich beschränkt durch Fideikommiß hinterlassen war, bereits im vorjustinianischen Recht zur Anstellung der Querel berechtigt waren. Waren sie unter einer nicht potestativen Bedingung instituiert, so konnten sie ebenfalls, wenn die Bedingung nicht eintrat, die inofficiosi querela erheben.[21]) Trotzdem wird sie ihnen in der zitierten lex versagt. Im Sinne Frankes hätte das mit der Begründung geschehen müssen, daß den Söhnen der Pflichtteil ja nicht entzogen, er ihnen vielmehr für die Zeit hinterlassen sei, da sie ihn für sich erwerben könnten. In dieser Weise sprachen sich die Kaiser aber nicht aus, sondern sie begründeten ihre Entscheidung lediglich mit der guten Absicht der Mutter; sie waren also augenscheinlich der Ansicht, daß die Klage nach allgemeinen Regeln zulässig gewesen wäre, versagten sie aber mit Rücksicht auf die bona mens der testatrix.[22])

c) l. 16 D. de bon. poss.: Daß das Pflichtteilsrecht auch vor Justinian

[20]) Franke ist übrigens auf S. 245 seines Werkes derselben Ansicht.

[21]) Glück-Mühlenbruch Bd. 37 S. 412, Bd. 36 S. 387.

[22]) Auf die Schlußbemerkungen Frankes bezüglich des neueren Rechts ist hier nur soviel zu erwidern, daß l. 32 und l. 25 im selben Gesetzbuch stehen, somit eine der andern unmöglich derogieren kann, im übrigen werden wir auf diese Frage im § 3 noch zurückkommen.

durch die Anordnung eines dies verletzt wurde, fand schon mehrfach Erwähnung. Ferner läßt sich daraus, daß dem Großvater die bonorum possessio contra tabulas versagt wird, immerhin schließen, daß sie auch dem Enkel versagt werden würde in allen Fällen, in denen sie ihm selbst zusteht. Sie wird doch dem Großvater deshalb verweigert, weil im andern Falle dem Enkel die Gefahr erwüchse, daß sein Vermögen durch seinen Großvater werde vertan werden. Die Regeln der Auslegung gestatten nun sehr wohl den Schluß, daß sie auch dem Noterben selbst würde versagt werden, wenn die gleichen Ursachen vorlägen, nämlich ebenfalls die Besorgnis, daß das Vermögen verschleudert werden könne; z. B. der Enkel ist impubes und der filius emancipatus traut der vormundschaftlichen Verwaltung nicht.

d) l. 12 § 2 D. de bon. libert.: Daß hier nur gesagt sein soll: wer mala mente enterbt ist, verliert sein Erbrecht gegen die väterlichen Freigelassenen, wer dagegen aus einem andern beliebigen Grunde willkürlich exherediert ist, büßt dieses Recht nicht ein, scheint — abgesehen von den Ausführungen Mühlenbruchs — auch aus folgender Erwägung heraus nicht stichhaltig. Ein mala mente exheredatus bedeutet — auch nach Franke — einen, der von seinem Pflichtteil ausgeschlossen ist, weil er es wegen seiner Schlechtigkeit verdient hat. Ein ex alia causa exheredatus soll nun nach Franke jemanden bedeuten, dem der Pflichtteil wohl hinterlassen ist und der lediglich „als Erbe“ nichts erhalten soll. Das ist kein richtiger Gegensatz. Wollen wir diesen gewinnen, so weisen die fraglichen Worte auf einen hin, dem der Pflichtteil entzogen ist, obwohl er es durch schlechtes Betragen nicht verdient hat. Dazu kommt noch, daß wir immer wieder daran festhalten müssen, daß die Hinterlassung des Pflichtteils in einer Art, wie sie uns auch in dieser Stelle entgegentritt, keineswegs den regulären gesetzlichen Ansprüchen entsprach. Auch sind die angeführten Beispiele von dem furiosus und impubes durchaus keine Beispiele einer willkürlichen Enterbung, die etwa deshalb erfolgte, weil der Vater seinen Sohn nicht leiden kann, sondern es sind gerade solche Fälle, die auf eine exheredatio bona mente hinweisen und in solchem Zusammenhang noch öfters erwähnt werden.

e) l. 16 § 2 D. de cur. fur.: Wenn hier Franke behauptet, quantum sufficeret müsse aufgefaßt werden als quantum sufficeret ad excludendam querelam, so leuchtet ein, daß diese Konjektur völlig willkürlich ist. Keine Handschrift hat eine andere Lesart als quantum oder quod sufficeret. Jeder Unbefangene wird die Stelle mit „hinreichende Alimente“ übersetzen. Ist das aber richtig, dann war der Sohn gültig enterbt, ohne daß ihm sein Pflichtteil hinterlassen war. Wie war das möglich, wo doch

kein sogenannter Enterbungsgrund vorlag? Franke bleibt darauf die Antwort schuldig. Mit gutem Grund: Es konnte das eben nur möglich sein unter Annahme der exheredatio bona mente als eines eigenen Enterbungsgrundes. Wozu ferner die Worte: addita causa necessitateque judicii sui, wenn dem Sohn der Pflichtteil hinterlassen war? Franke selbst wird ja nicht müde zu betonen, daß damals die Enterbung willkürlich ohne Grund erfolgen konnte. Diese Worte haben nur bei Annahme einer exheredatio bona mente einen guten Sinn.[23])

Können auch schon damit die Einwendungen Frankes als erledigt gelten, so dürfen wir doch noch zum Überfluß darauf hinweisen, daß wir außer den von Franke kritisierten fünf weitere Gesetzesstellen haben, aus denen ebenfalls die Existenz der exheredatio bona mente hervorgeht. Diese Stellen sind von Franke nicht erwähnt und daher auch nicht widerlegt. Zum Schluß sei noch hervorgehoben, daß niemals, von der ältesten Literatur angefangen, ein Schriftsteller daran gezweifelt hat, daß es im römischen Recht eine exheredatio bona mente gegeben habe.

§ 2. Das justinianische Recht.

Es wird zwar allgemein anerkannt, daß die exheredatio bona mente vor Justinian gültig gewesen sei, aber daß sie auch unter Justinian fortbestanden habe, wird vielfach verneint.[1]) Die Vertreter dieser Ansicht stützen sich in der Hauptsache auf Nov. 115 cap. 3 und erklären: Justinian hat

---

[23]) Dafür, daß der Einwand Frankes, es handle sich jedenfalls um eine Enterbung zugunsten der Enkel und nicht des Sohnes, keineswegs stichhaltig ist, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 443, 444, ferner unten § 5 II.

[1]) 1. Joannes de Imola: Super Infortiato: l. cum ex filio 39 D. de vulg. et pup. 28, 6 (ca. 1411).

2. Alexander ab Alexandro: Super D. Infort.; l. cum ex filio 39 D. de vulg. et pup. 28, 6; Super Codice: l. filiis matrem 25 C. de inoff. test. 3, 28 (ca. 1470). (Nach dem Zitat von Simon de Praetis: lib. III dub. 6 sol. 2 n. 7 f.)

3. Didacus de Segura: Repetitiones: repetitio l. unum ex familia 67 § sed si fundum 5 de lega. 2 (1520). (Nach dem Zitat von Gomez, s. unter Nr. 4.)

4. A. Gomez: Variae resolutiones juris civilis: cap. 11 n. 27 (1579).

5. D. Maretus: Tractatus quartarum: cap. 14 (1601).

6. C. F. Hommel: Rhapsodia quaestionum: Vol. V obs. 652 (1785).

7. G. Madihn: Princip. jur. Rom. § 561 (1786). (Nach dem Zitat von Muhl § 7 s. unter Nr. 8.)

8. H. F. A. Muhl: Exher. b. m. f. jure nov. non amplius admittendam esse: §§ 4—7 (1800).

9. K. A. D. Unterholzner: Arch. f. civ. Pr. Bd. II S. 51 (1819).

10. W. Franke: Das Recht der Noterben: § 34 (1831).

11. W. v. Schelhaß: Darstellung des heutigen Würzburger Landrechts: § 96 (1856). (Gegen Zimmern: Arch. f. civ. Pr. Bd. VIII S. 153, vgl. Valett, Noterbenrecht S. 109.)

das Noterbrecht in Nov. 115 umgestaltet. Aszendenten und Deszendenten müssen jetzt grundsätzlich im Testament zu Erben eingesetzt werden. Es ist nur mehr erlaubt sie zu enterben, wenn einer der in der Novelle aufgeführten Undankbarkeitsgründe gegen sie vorliegt. Davon daß daneben die exheredatio bona mente aufrecht erhalten werden soll, sagt die Novelle nichts. Wir müssen also annehmen, daß Justinian sie abgeschafft wissen will.

Nun äußert sich die exheredatio bona mente nicht immer als Ausschluß von der Erbschaft sondern häufig nur als eine in guter Absicht erfolgende Beschwerung des Pflichtteils durch Bedingungen, Zeitbestimmungen, Auflagen usw. Daß auch davon im neuesten Recht keine Rede mehr sein kann, sucht man aus l. 32 C. 3, 28 nachzuweisen, wo Justinian bestimmte: Es soll künftighin jede Bedingung oder Befristung oder sonstige den Pflichtteil belastende Verfügung als nicht vorhanden betrachtet, also gestrichen werden. Auch hier steht nichts davon, daß ausnahmsweise jene Verfügungen aufrecht erhalten sollen, wenn sie in guter Absicht angeordnet sind. Also ist das von nun ab nicht mehr zulässig.

Trotz der vorstehenden Ausführungen ist es ganz sicher, daß Justinian die exheredatio bona mente nicht abgeschafft hat. Was zunächst die Nov. 115 anlangt, so war es durchaus nicht nötig, in ihr ausdrücklich die exheredatio bona mente aufrecht zu erhalten. Denn sie handelt ausgesprochenermaßen nur von der exheredatio mala mente und berührt die exheredatio bona mente in keiner Weise. Die Vertreter der Abschaffungstheorie haben übersehen, daß es Justinian als den alleinigen Zweck seiner Verfügungen hinstellt, die Kinder und Eltern von den Beeinträchtigungen zu befreien, die ihnen durch Testamente widerfahren können. Der Kaiser sagt nämlich am Anfang des 5. Kapitels: Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus . . . Sola enim est nostrae serenitatis intentio a parentibus et liberis injuriam praeteritionis et exheredationis aufferre . . . Unde et constat ad utriusque partis utilitatem atque cautelam praesentem legem fuisse prolatam. Justinian berichtet uns dann weiter, wie er in Erfahrung gebracht habe, daß eine Tochter, deren Dankbarkeit bekannt war, nichtsdestoweniger von ihrer Mutter rücksichtslos enterbt worden war, und daß dieser Vorfall die nächste Veranlassung zu seinem Gesetz gewesen sei.

Von all diesen Begründungen paßt keine auf die exheredatio bona mente. Bei ihr war ja von keiner iniuria die Rede, die hätte beseitigt werden müssen, und ebensowenig brauchte bei ihr utilitas atque cautela erst eingeführt zu werden; diente sie doch ihrem Wesen nach der utilitas des Exheredierten! Auch das Beispiel mit der Tochter Pulcheria beweist

klar, daß Justinian nur Mißstände beseitigen wollte, die mit der exheredatio mala mente verbunden waren. Schließlich ist noch in Erwägung zu ziehen, daß Rechtsänderungen jedenfalls nicht zu präsumieren sind, daß vielmehr die alten leges nie als durch eine Novelle aufgehoben zu betrachten sind, wenn die Aufhebung nicht ausdrücklich in der Vorrede erwähnt wird oder mit Notwendigkeit aus den Worten des neuen Gesetzes sich ergibt. Es ist ja bekannt, daß Justinian in der Vorrede ganz weitläufig erklärt, was er aufheben, ändern und verbessern will, und seine Gründe darlegt. Z. B. die Novelle 115 spricht nicht vom Militärtestament. Trotzdem besteht kein Zweifel darüber, daß die Bestimmungen über dieses Testament nicht aufgehoben sind.

Bezüglich der l. 32 C. 3, 28 ist folgendes zu bemerken. Justinian hat auch hier nicht im entferntesten an eine Aufhebung der die exheredatio bona mente berührenden Bestimmungen gedacht. Er sagt, sein Gesetz werde erlassen zu Gunsten derer, „qui ad memoratam actionem (sc. inofficiosi querelam) vocabantur“. Also wer zur Anstellung der Querel berechtigt ist, soll durch Hinzufügung von Bedingungen usw. nicht beeinträchtigt werden. Nun ist es aber für die bona mente Exheredierten charakteristisch, daß ihnen die querela inofficiosi nicht zusteht. Darum kann sich die l. 32 nicht auf die bona mente Enterbten beziehen. Dazu kommt, daß wir nur wenige Zeilen vorher in der l. 25 ein Hauptbeispiel für die exheredatio bona mente finden. Es kann aber unmöglich im gleichen Gesetz an einer Stelle ein Rechtsinstitut anerkannt, an einer benachbarten Stelle aufgehoben sein. Die constitutio 25 stammt allerdings aus dem Jahre 301, aber wenn die constitutio 32 im Jahre 529 erlassen worden wäre, um die l. 25 zu beseitigen, wie wäre es zu erklären, daß beide leges gemeinschaftlich in den Kodex von 534 aufgenommen wurden? Der Widerspruch löst sich nur dadurch, daß wir annehmen, daß sich die l. 32 gar nicht auf die l. 25 bezieht.

§ 3. Das gemeine Recht.

Entsprechend der dargelegten Auffassung wurde die exheredatio bona mente facta in der Zeit des gemeinen Rechts stets als geltendes Rechtsinstitut betrachtet und daher auch bei der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland mitaufgenommen. Wir sind imstande, nachzuweisen, daß von dem ersten Augenblick an, in dem man sich wieder dem Studium des römischen Rechts zuwandte, in Litteratur und Rechtsprechung diese Auffassung herrschend gewesen ist. Von allen Autoren, die wir über diesen Gegenstand haben vergleichen können, haben sich nur die in § 2 genannten

dahin ausgesprochen, daß seit Justinian eine exheredatio bona mente nicht mehr zulässig sei, alle andern sind der gegenteiligen Ansicht.[1])

[1]) Schon die Basiliken (ca. 900) stehen auf diesem Boden. In lib. XXXVIII tit. X fr. 16 heißt es: Potest autem et aliter providere nepotibus suis et eos quidem heredes scribere, filium autem exheredare cum causa et legare ei, quae ad alimenta sufficiunt. Vgl. auch den Scholiasten zu dieser Stelle.

Ferner sagt der Glossator Azo (Summa Codicis C. 3, 28 col. 6): Onus quod pater vel mater non causa oneris sed ob provisionem liberorum statuit pupillariter substituendo vel conditionem emancipationis apponendo servabitur (ca. 1175).

Weiter spricht sich in diesem Sinne die Glosse des Accursius aus zu l. 25 C. 3, 28; l. 32 C. 3, 28 verb. tollatur; l. 9 C. 6, 26; l. 18 D. 28, 2 (ca. 1250).

Es folgt Cynus de Pistorio: Lectura super Codice; l. ex tribus und l. quoniam C. 3, 28 (ca. 1311).

Ferner Bartolus ab Saxoferrato: l. cum ex filio 39 D. de vulg. et pup. 28, 2; l. ut jusjurandi 7 § si liberi 6 D. de operis libert. 38, 1; l. filiis matrem 25 C. de inoff. test. 3, 28 (ca. 1348).

Weiter Baldus de Ubaldis: l. multi non notae 18 D. de lib. et posth. 28, 2; ad auth. ex causa C. 6, 28 n. 23, 42; l. si pater C. 6, 25 n. 3; l. liberti libertaeque C. 6, 3 n. 1; l. dotis C. 5, 12 n. 3; l. filiis 25 C. 3, 28 n. 1, 2: Conditio quae favorem instituti respicit non tollatur, ne illud quod introductum est in favorem filiorum retorqueatur in eorum laesionem (ca. 1350).

Es folgen weiter in chronologischer Ordnung: B. Salycetus: Comm. ad Cod. l. 25 und l. 32 C. 3, 28 (ca. 1373). — Paullus de Castro: cons. 77 (ca. 1400). — Th. Fulgosius: l. si pater; ferner l. filiis C. 3, 28 (ca. 1413). — F. de Accoltis de Aretio: cons. 19 (ca. 1445). — M. Jason: a) l. si mater D. 28, 6; b) l. filiis matrem C. 3, 28; c) l. multi non notae D. 28, 2 fol. 147; d) auth. noviss. C. 3, 28 n. 24 verb. septimo limita (ca. 1470). — P. Decius: cons. 386, cons. 442 n. 26 (ca. 1489). — U. Zasius: Op. omnia: tom. II de vulg. et pup. subst. l. 1 § substituere n. 42—45 (ca. 1491). — C. Ruinus: vol. IV cons. 87 n. 8, vol. V cons. 23 n. 15 (ca. 1505). — A. Merenda: lib. IV cap. 25 (1506). — G. de Cugno: auth. non licet C. de lib. praet. (1513). — N. Boer: dec. 87 dec. 23 n. 82 (ca. 1515). — J. Crotus: repetitio super § divi de lega 1 n. 17 (1518). — A. Bossius: de bonorum publicatione tit. n. 41 (ca. 1523). — A. Alciatus: a) op. omnia: regula prima praesumtionum, praesumtio 2; b) responsa: resp. 497 (ca. 1527). — A. Gabrieli: lib. VI de legitima conclusio 1 n. 20 (ca. 1530). — J. Sichard: ad auth. non licet C. 6, 28 n. 26 (ca. 1534). — E. Costa: l. Gallus de lib. et posth. n. 52 (ca. 1539). — H. Gabriel: lib. I cons. 184 n. 10, lib. II cons. 90 n. 1, 2 (ca. 1548). — A. Beroius: a) quaest. fam. quaest. 87; b) cons. s. resp. vol. II cons. 146 n. 11 (1550). — F. Duarenus: op. omnia: in tit. 28, 3 D. cap. 3 pag. 909 (ca. 1550). — L. Schrader: pars X sectio 19 n. 231 ff. (ca. 1552). — J. F. v. Ripa: l. moribus n. 36 de vulg. et pup. (1554). — H. Donellus: l. VI cap. 12 § 18 (ca. 1557). — J. Cuiacius: a) novell. expos. ad nov. 18; b) comm. in libr. quaest. Aem. Pap. libr. XIX l. 67 § ult. de lega 2; c) in lib. XI resp. I, Paulli rec. sol. ad l. 47 de bon. libert. (ca. 1557). — J. Mandellus: cons. 7 n. 21, cons. 57 n. 10 (1558). — R. Suarez: repet. in l. quoniam in prior. C. de inoff. test. in prima limitatione (1558). — B. Cavalcanus: lib. II sectio 2 n. 20 (ca. 1561). — Fern. Vasquius Menchaca: a) de succ. resol. lib. III l. pater puellae n. 12, 13; b) de succ. creat. progr. et resol. lib. I § 10 n. 406, 419, 420 (1564). — M. A. Peregrinus: arti-

Was die Rechtsprechung betrifft, so haben wir eine Reihe von Gerichtsentscheidungen und maßgebenden Gutachten von Juristenfakultäten feststellen

culus 36 n. 67 (ca. 1565). — Julius Clarus: qu. 41 (1566). — Roland a Valle: lib. I cons. 31 n. 30 (1566). — D. Tusch: tom. V concl. 187 n. 142 (ca. 1570). — B. Alphanus: num. 422 (1570). — A. Clementinus: effectus 16 n. 33 (1571). — H. Albanus: a) l. si pater tit. de conjung. cum emanc. lib.; b) l. quoniam in pr. de inoff. test. (1571). — Hartm. Pistor: obs. 213 n. 6 (ca. 1573). — P. Picus: repetitio ex digesto infortiato super l. in quartam ff. ad l. Falcidiam n. 122, 123 (1575). — G. Benedictus: sectio reliquit n. 32 (1575). — Th. Ferratius: cautela 35 (1575). — Joannes de Durantis: tit. 8 cautela 2 n. 4 (1577). — J. M. Riminaldus: cons. 243 n. 67 (1576). — G. Panciroluś: cons. 181 n. 6 (1578). — F. Mantica: lib. IV tit. 11 (1580). — Osius Aurelius: dispunctio 11 (ca. 1580). — L. Bereta: cons. 133 (1582). — M. Grassus: a) § legitima quaestio 38 n. 14—18; b) § testamentum qu. 42 n. 14 (1582). — P. Gregor Tholosanus: lib. XLII cap. 22 n. 7, lib. XLIV cap. 3 (1582). — Simon de Praetis: lib. III dub. 6 sol. 2 n. 7 ff. (1583). — J. B. Pontanus: cap. 5 (1584). — D. Gothofredus: a) ad l. 18 D. 28, 2; b) ad l. 12 § 2 D. 38, 2; c) ad. l. 25 C. 3, 28 (ca. 1584). — J. Mascard: a) vol. II concl. 714; b) vol. III concl. 1236 Nr. 74—76 (1584). — Paulus Leonius: pag. 295 n. 187 (1584). — Bartolus de Hucio: pag. 214 n. 11 cap. 2 (1584). — J. Menoch: a) de praesumt. lib. IV praes. 28; b) Consil. s. resp. cons. 57 n. 6 ff. (1586). — J. Garsia: cap. 16 n. 27 (1589). — Th. Piso: lib. II cap. 8 n. 9 (ca. 1590). — J. Harpprecht: § finalis tit. de exher. lib. I, II n. 83 (ca. 1595). — H. A. v. Rosentall: cap. 7 concl. 10 (1597). — J. P. Surdus: cons. 570 n. 1—3 (1599). — A. Cuchus: tit. legitima nullum gravamen admittit n. 16, 17, 23 ff. (1600). — J. Meier: tit. 2 D. 28 n. 22, 24 (ca. 1601). — N. Intrigliolus: centuria 1 qu. 78 n. 22 (1602). — B. Carpzov: pars III const. 9 def. 11 (ca. 1603). — Anton Faber: a) de error. pragm. decas 29, error. 6 S. 191; b) rat. in pand. tom. II pars I lib. V tit. 2 S. 104 Spalte 1, 2 (1604/05). — H. Meyrer: lib. I tit. 6 n. 12, 13 (1608). — O. Hilliger: lib. VI cap. 12 lit. n. (1613). — C. Ridderhusius: pars VI cap. 3 n. 22 (1615). — F. de Barry: a) lib. X tit. 2 n. 2, 24; b) lib. XVI tit. 10 n. 7 (1619). — D. Tulden: C. 3, 28 n. 6 (ca. 1620). — F. A. de Mesa: cap. 29 (ca. 1621). — P. Christinaeus: vol. II decisio 170 (1623). — J. a Sand: lib. IV tit. 2 def. 3 (ca. 1634). — P. Richter: Decisio 41 n. 48, 49, 52 (ca. 1635). — A. Perez: ad C. 3, 28 n. 41 (1642). — G. A. Struvius: exercitatio X lib. V tit. II 37 (1650). — M. Berlich: a) conclusiones pars III concl. 15 n. 54; b) decisiones pars I dec. 110 (1651/56). — M. Merlin: a) lib. III tit. 2 qu. 4; b) lib. IV tit. 1 qu. 20 (ca. 1652). — C. Manzius: tit. 10 qu. 13 n. 1, 2 (1661). — J. Brunnemann: a) comm. in pand. l. 18 lib. 28 tit. 2, l. 3 D. 28, 3; b) comm. in Cod. l. 25 C. 3, 28 (1663). — A. D. Sonnemann: nov. 1 cap. 1 n. 26, 27 (ca. 1674). — S. Stryck: a) us. mod. pand. lib. 28 tit. 2 §§ 8—11; b) de caut. test. cap. 17 membrum 3, cap. 19 § 16 (ca. 1675). — N. C. de Lyncker: vol. II resp. 11 (ca. 1680). — W. A. Lauterbach: lib. V tit. 2 § 40 (1690). — L. v. de Poll: cap. 67 I (1700). — J. E. Kessel: cap. 4 (1705). — U. Huber: a) prael. ad Inst. lib. II tit. 18 § 13; b) prael. ad Pand. lib. V tit. 2 § 19 (1707). — J. H. Berger: de omiss. hered. § 64 (1707); oecon. jur. lib. II tit. 4, 14 n. 3 (1712). — A. Leyser: tom. V spec. 358 (1717). — C. Barth: cap. 31 ff. (1710). — S. de Coccei: lib. XXIX tit. 1 qu. 10 (1718). — J. B. Wernher: Bd. I pars I obs. 312 (1720). — J. E. Sonnenberg: de eo quod just. est circa form. exher. (1731). — J. H. Böhmer: a) tom. II pars I resp.

können, die alle von der Ansicht ausgehen, daß die exheredatio bona mente ein gültiges Rechtsinstitut des gemeinen Rechtes sei. Wenn man berücksichtigt, wie selten Enterbungen sind, und um wieviel seltener der Sonderfall der exheredatio bona mente im Leben vorkommt, wird man die Bedeutung der untenstehenden Aufzählung nicht unterschätzen.[2]) Wir glauben damit hinlänglich dargetan zu haben, daß Justinian das Institut

556 n. 3; b) tom. II pars I resp. 672 n. 9, 10; c) tom. II pars I resp. 673; d) tom. II pars. II resp. 853 (1734). — J. M. Gordonius: cap. 2 pag. 836 (1736). — H. Lincks: cap. 24 ff. (1737). — J. G. Schaumburg: lib. II tit. 17 aphorism. 5 verbo: causa inseratur (1737). — J. G. Schlemm: cap. 32 ff. (1743). — C. G. Hennigius: cap. 3, 6 (1743). — F. E. Pufendorf: tom. I obs. 192 (1744). — J. U. v. Cramer: Teil 38 Nr. 8 (1755). — H. Bagelmann: de jure par. leg. lib. b. m. grav. (1757). — J. Schulte: cap. 17 (1774). — J. F. Runde: comm. de usu long. caut. Soc. (1776). — L. J. F. Höpfner: lib. II tit. 18 tit. XI (1783). — J. Th. Müller: § 154, 161 (1785). — J. E. J. Müller: tom. I obs. 227 (1786). — C. C. Hofacker: Bd. II § 1702 (1788). — E. C. Westphal: § 598 (1790). — C. F. Walch: S. 329 (1791). — G. L. Böhmer: Bd. I S. 244 (1799). — C. F. Glück: Bd. VII S. 257, Bd. XXXVII S. 394 (1804/33). — G. Hufeland: Bd. II S. 137 (1814). — C. J. M. Valett: § 67 (1826). — A. C. H. v. Hartitzsch: § 124 (1827). — A. F. J. Thibaut: Bd. II S. 477 (1834). — C. F. Mühlenbruch (Pand.-Komm.): § 684 (1837). — J. N. v. Wening-Ingenheim: Bd. III § 492 (1838). — J. F. L. Göschen: § 866 (1839). — M. S. Mayer: Bd. I S. 292 (1840). — J. A. Seuffert: Bd. III § 657 (1852). — L. Arndts: a) Pand. S. 1074 (1852); b) Weiskes Rechtslex. S. 901. — G. F. Puchta: Bd. I S. 407 (1855). — F. H. Vering: S. 402 (1861). — K. F. F. Sintenis: Bd. III S. 609 (1861). — A. Schmidt: S. 166 (1862). — B. Windscheid: Pand.: § 583 (1862). — A. Tewes: S. 486 (1863). — R. v. Holzschuher: Bd. II S. 878 (1864). — T. L. v. Keller: S. 540 (1866). — E. F. Koch: § 50 (1866). — J. A. Gruchot: Bd. III S. 178 ff. (1867). — K. Schmidt: S. 375 (1870). — F. Schröder: S. 534 (1877). — H. Dernburg: Pandekten S. 300 Bd. III (1884). — O. Wendt: Pand.: S. 836 (1888). — J. Baron: Pand.: S. 710 (1890). — W. Eck: S. 34 (1894). — A. Koeppen: S. 649 (1895). — F. Förster: § 248 (1897). — W. Gehm: Die Entziehung des Pflichtteils (1901).

[2]) Wir haben in chronologischer Ordnung:

1. Ein Decretum Senatus Frisii vom 8. Mai 1627 in causa Romck Jacobs et Jan. Jaspers cum sociis. Inhalt: Eine Mutter hatte ihre verschwenderische Tochter bona mente enterbt und ihre Enkel zu Erben eingesetzt mit der Bestimmung, daß ihre Tochter bei ihren Lebzeiten den Nießbrauch der Erbschaft haben solle. Das wurde für gültig befunden. (Lincks, cap. 21 und Sand, lib. IV tit. 2 def. 3. Lincks führt außerdem weitere zwei Gutachten an.)

2. Eine Entscheidung der Scabini Lipsienses vom Jahr 1629 in causa Hansen und Georgen der Fischer zu Lengefeld: Die Kläger waren von ihrer Mutter wegen Überschuldung im Testamente übergangen und statt ihrer ihre Kinder zu Erben eingesetzt. Dies wurde für gültig erachtet. (Kessel cap. 4.)

3. Ein Praejudicium des Collegium JCtorum Jenensium vom Mai 1629 in einem Falle von Enterbung wegen Überschuldung und eine Entscheidung derselben Fakultät in einer Sache intra dominos Czirenberg et Joh. Brandes contra viduam Salamonis Möller. (Barth cap. 32.)

der exheredatio bona mente keineswegs beseitigt hat, daß es vielmehr auch im nachjustinianischen und gemeinen Recht anerkannt und lebendig geblieben ist.

---

4. Eine Entscheidung der Scabini Lipsienses vom August 1632 in Sachen Enoch Hildebrands zu Langensalza. (Carpzov pars III constit. 9 def. 11.)

5. Eine Entscheidung der Scabini Lipsienses et JCti Judicii Curialis Wittenbergensis vom Jahre 1650 in Sachen Ludwig und Ernst Fachs, Gebrüder zu Stöteritz. (Berlich Decis. aureae. decis. 110.)

6. Ein Responsum der Scabini Lipsienses vom Oktober 1684. Das Testament eines gewissen Conrad Stieglitz, der seine Tochter wegen Überschuldung bona mente enterbt hatte, wurde für ungültig erklärt, weil die Enterbung in guter Absicht nur in den vom Gesetz angeführten Fällen zulässig sei. (Berger De ommiss. hered. § 64.)

7. Eine Entscheidung der Juristenfakultät in Halle vom Juli 1716. Eine Mutter hatte ihre Tochter bona mente enterbt und ihre Enkel zu Erben eingesetzt, weil ihr Schwiegersohn überschuldet war und ihre Tochter die Obligation ihres Mannes mitunterschrieben hatte. Das wurde für gültig erklärt. (J. H. Böhmer tom. II pars II resp. 853.)

8. Eine Entscheidung der JCti Helmstadienses vom März 1722 dahin, daß der Kläger Suchen wegen der mütterlichen Erbschaft nicht statt habe. V. R. W. Rat. Dec. Anfänglich haben wir die Kläger mit ihrem an die mütterliche Güter gemachten Anspruche abgewiesen, in Erwegung, daß den Eltern ihre in Schulden vertieffte Kinder bona mente zu exheredieren frei stehet, und denn die verstorbene Mutter solches getan. — Ferner eine Entscheidung der JCti Helmstadienses vom April 1726 dahin, daß ein Vater seinen Sohn bona mente a feudis ausschließen könne. (Leyser tom. V spec. 358.)

9. Eine Entscheidung der JCti Jenenses vom November 1736 dahin, daß eine exheredatio bona mente wegen Überschuldung gültig sei. (Schaumburg lib. II tit. 17 aphorism. 5 verbo causa inseratur.)

10. Eine Entscheidung der Scabini Wittenbergenses vom Jahr 1742: Die exheredatio bona mente ist heute noch gültig und es kann daher eine Ehefrau ihrem Ehemann bona mente die portio statutaria entziehen. (Hennig § 6.)

11. Ein Responsum Ordinis JCtorum Goettingensium: Die exheredatio bona mente wegen Überschuldung unter gleichzeitiger Hinterlassung von Alimenten ist gültig; die Gläubiger haben mit Rücksicht auf l. 6 ff. de cessione bonorum keinen Zugriff auf die Alimente. (Schlemm cap. 35.)

12. Eine Entscheidung des Summum Tribunal Cellense in causa Ilsen Sophien Menzendorfen, des Predigers, Ehrn. Rimplers, Ehefrau Klägerin und Apellantin contra Regina Benedicta Menzendorfen Beklagtin und Appellatin in puncto hereditatis paternae. Der Vater hatte seine beiden Töchter präteriert und die Kinder der Tochter Ilse zu Erben eingesetzt ohne ihr selbst etwas zu hinterlassen. Ilse klagte auf ihren Pflichtteil. Regina wandte ein, daß Ilse bona mente übergangen sei. Das ging auch aus allem klar hervor. Aber weil der Grund der Übergehung im Testament nicht angegeben war, auch der Ilse persönlich nichts hinterlassen war, wurde zu ihren Gunsten entschieden. (Pufendorf tom. I obs. 192.)

13. Eine Entscheidung des Reichskammergerichts vom 20. September 1760 in causa Anna Margaret Schwabin contra Jud Elkan Oppenheimer und Curatores

2. Kapitel.

Die nähere Ausgestaltung der exheredatio bona mente facta.

§ 4. Persönlicher Geltungsbereich.

Wir wissen bereits, daß nur Pflichtteilsberechtigte bona mente exherediert werden können. Pflichtteilsberechtigt sind Aszendenten, Deszendenten und Geschwister. In der Hauptsache können daher nur diese Personen als Objekt der exheredatio bona mente in Betracht kommen. Es fragt sich, ob das Gesetz auch wirklich gegen alle diese die exheredatio bona mente zuläßt.

Was zunächst die Deszendenten anlangt, so besprechen die sämtlichen in § 1 erläuterten Gesetzesstellen Enterbungen von Deszendenten. Damit ist die Frage hinsichtlich der Deszendenten erledigt. Daß Aszendenten von ihren Deszendenten bona mente enterbt werden können, steht nicht ausdrücklich im Gesetz. Allein das erklärt sich daraus, daß der umgekehrte Fall in der Praxis am häufigsten vorkommt und darum wohl ausschließlich von den Quellen erwähnt wird. Keinesfalls läßt sich daraus schließen, daß Kinder ihre Eltern nicht bona mente enterben dürfen. Ist ja doch die ratio legis ebenso gegeben wie im umgekehrten Fall. Die Kinder können ja ihre Eltern mala mente enterben, wieviel eher müssen sie berechtigt sein, durch eine exheredatio bona mente für ihr bestes zu sorgen.[1]) Es wäre das auch nicht weiter betont worden, wenn nicht in

der Beer Herz Oppenheimerschen Verlassenschaft: Eine exheredatio bona mente wegen Überschuldung ist gültig. (Cramer Teil 38 Nr. 8.)

14. Eine Entscheidung des Schöffenrats der Stadt Frankfurt a. M. auf Grund eines Gutachtens der Juristenfakultät Tübingen vom Jahr 1773: Eine exheredatio bona mente wegen Überschuldung ist wirksam. (Orth Teil 12 Nr. 2.)

15. Eine Entscheidung des LG. und OAG. zu Wolfenbüttel vom November 1835 bezw. Dezember 1836: Die Gültigkeit einer Enterbung bona mente wird als bekannt vorausgesetzt. (Matthiae Controv.-Lexikon.)

16. Eine Entscheidung des OAG. zu Lübeck vom 21. Dezember 1846. (Seuff. Arch. Bd. III Nr. 86.)

17. Eine Entscheidung des OAG. zu Rostock vom 17. Dezember 1856. (Buchka und Budde Bd. III S. 289.)

18. Eine Entscheidung des Obertribunals zu Stuttgart vom 3. Dezember 1874. (Seuff. Arch. Bd. XXXI Nr. 252.)

19. Eine Entscheidung des OLG. Hamburg vom 9. Dezember 1882. (Seuff. Arch. Bd. XXXVIII Nr. 327.)

20. Eine Entscheidung des RG. vom 3. Februar 1888. (Jur. Wochenschrift 1888 S. 188 Nr. 34.)

21. Eine Entscheidung des RG. vom 16. Januar 1900. (RGZ. Bd. 45 S. 174.)

[1]) Struvius: exerc. XXXII lib. XXVIII tit. II 35; Hofacker Bd. II § 1702; Kessel cap. 7; Lincks cap. 9; Barth § 42; Schulte § 15; Schlemm cap. 29; Glück Bd. VII S. 261; Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 464; Valett § 67; Sintenis Bd. III S. 609; Karl Schmidt S. 385.

der Literatur hie und da [2]) das Gegenteil behauptet würde mit der Begründung, eine exheredatio bona mente verstoße gegen die den Eltern geschuldete kindliche Ehrfurcht, auch könne man nur dem Vater, nicht umgekehrt auch den Kindern ein bindendes Urteil über vorhandene Verschwendungssucht zugestehen. Diese Einwände, für die keinerlei gesetzliche Anhaltspunkte bestehen, wären, auch wenn sie innerlich begründet wären, lediglich de lege ferenda zu würdigen, vermöchten aber keinesfalls die lex lata zu ändern. Sie sind aber auch innerlich nicht gerechtfertigt. Die Behauptung Wendts bezüglich des Urteils über vorhandene Prodigalität ist rein logisch nicht haltbar und trifft zudem nur einen einzigen Anwendungsfall der exheredatio bona mente, was aber die kindliche Ehrerbietung anlangt, so wird sie durch die unbestrittenermaßen zugelassene exheredatio mala mente erlaubterweise sicher mehr gefährdet.

Es bleibt noch die Frage zu erledigen, ob der Erblasser seine Geschwister bona mente exheredieren kann. Da wir es bei den Geschwistern mit pflichtteilsberechtigten Personen zu tun haben, scheint die Frage anstandslos bejaht werden zu können. Allein es haben sich verschiedene Autoren [3]) zur gegenteiligen Ansicht bekannt mit der Begründung, „den Geschwistern auf der einen Seite eine schändliche Person vorzuziehen und dann, dieser Beschimpfung ungeachtet, doch wieder auf der andern Seite durch eine gutgemeinte Enterbung für ihr Bestes besorgt zu sein, kontrastiere zu stark“. Das ist aber keineswegs notwendig der Fall. Denn zu den in l. 27 C. 3, 28 gemeinten turpes personae gehören auch die mit einer levis nota behafteten, wie Freigelassene, uneheliche Kinder und Schauspieler, die man recht wohl zu Erben einsetzen kann, ohne damit seine Geschwister zu beschimpfen. [4]) Die Literatur steht auch überwiegend auf dem von uns eingenommenen Standpunkt. [5])

Wir haben oben gesagt: In der Hauptsache kommen nur Aszendenten, Deszendenten und Geschwister für eine exheredatio bona mente in Betracht. Wir haben uns damit für zwei weitere Personengruppen Raum gelassen, denen pflichtteilsähnliche Ansprüche zustehen. Der Kaiser Antoninus Pius gestattete die Arrogation eines unmündigen, gewährte aber zugleich dem arrogierten ein besonderes „Pflichtteilsrecht“. Die Quellen erwähnen

[2]) Bruges pos. II; Wendt S. 836.

[3]) Holzschuher Bd. II S. 878; Valett § 67; Glück Bd. VII S. 261 und der von diesen angeführte Book.

[4]) Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 464.

[5]) Struvius: exerc. XXXII lib. XXVIII tit. II 35; Hofacker Bd. II § 1702; Barth § 43; Schlemm cap. 29; Schulte § 15; Kessel cap. 7; Lincks cap. 9; Bruges pos. II; Sintenis Bd. III S. 609; Gehm: Die Entz. d. Pflichtt.; K. Schmidt S. 385.

diesen Fall bei der Lehre von der Enterbung aus guter Absicht allerdings nicht, wir werden aber im Weg der analogen Schlußfolgerung gleichwohl annehmen dürfen, daß auch hier eine exheredatio bona mente (den Ausdruck im weiteren Sinn genommen) zulässig war. Ferner konstituierte der Kaiser Justinian für die arme und undotierte Gattin eines reichen Mannes ein gesetzliches Erbrecht, das zugleich Pflichtteilsrecht war und auf die Quart des ehemännlichen Vermögens ging. Auch hier ist anzunehmen, daß der Ehemann seine Frau bona mente enterben konnte, da die Gründe einer exheredatio bona mente vorliegen konnten.[6] [7])

§ 5. Sachlicher Geltungsbereich.

Die Enterbung aus guter Absicht hat zwei sachliche Voraussetzungen, eine auf Seite des zu enterbenden, die andre auf Seite des Testators.

I. Der zu exheredierende muß sich in einer Lage befinden, in der ihm eine Entziehung oder Belastung des Pflichtteils größeren Vorteil brächte als eine Erbeinsetzung oder eine unbeschwerte Zuwendung des Pflichtteils. Die äußeren Umstände und Verhältnisse müssen so beschaffen sein, daß es für den Noterben (allein oder im Verein mit seiner Familie) nützlicher erscheint exherediert zu werden als in den ungestörten Genuß der Erbschaft zu kommen. Wann dürfen nun die Verhältnisse des Noterben als für eine solche Enterbung geeignet bezeichnet werden? Bevor wir zur Beantwortung dieser Frage übergehen können, müssen wir prüfen, ob sie so allgemein gestellt werden darf, ob nicht vielmehr die zur exheredatio bona mente erforderte Lage des Noterben gesetzlich genau umschrieben ist, mit andern Worten, ob die Enterbung aus guter Absicht nicht auf die im Gesetz angeführten Fälle beschränkt ist.

Einige Schriftsteller haben geglaubt, dies bejahen zu müssen.[1]) Allein diese Ansicht ist unrichtig. Die betr. Gesetzesstellen bringen nur instruktive Beispiele, wie das der Anlage der Digesten entspricht und öfter vorkommt.

---

[6]) Sintenis Bd. III S. 609.

[7]) In diesem Zusammenhang mag auch des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten gedacht werden, welches den späteren Partikularrechten bekannt war und das jedem Ehegatten einen unentziehbaren Anspruch auf einen Teil des Nachlasses des andern Gatten gewährte. Hennig (cap. 5, 6) wendet auch auf diese sog. portio statutaria die Bestimmungen über die exheredatio bona mente an und hält es für zulässig, daß eine Ehefrau ihrem überschuldeten Mann die portio statutaria unter Belassung von Alimenten letztwillig entzieht. Er stützt sich für seine Meinung auf eine Entscheidung der Scabini Wittenbergenses vom Jahr 1742. Vgl. § 3 Anm. 2 Ziff. 10.

[1]) Hufeland Bd. II S. 137; Wernher Bd. I pars. I obs. 312; Berger, De omiss. her. § 64; Gruchot Bd. III S. 178 ff.; vgl. auch das Resp. der Scab. Lips. von 1684 § 3 Anm. 2 Ziff. 6.

Das wird einwandfrei bewiesen durch die Worte: ut puta, ut puta pone in l. 18 D. 28, 2 und in l. 12 § 2 D. 38, 2. Man ist also berechtigt auf den Grundgedanken, von dem die einzelnen Gesetzesstellen nur Ableitungen sind, zurückzugehen und nach Bedürfnis weitere Anwendungsfälle aus ihm zu entwickeln. Litteratur und Rechtsprechung stehen durchweg auf diesem Standpunkt. Wir kehren nach dieser Abschweifung zu der oben aufgeworfenen Frage zurück und wollen an einer Reihe von wichtigeren Beispielen des nähern zu zeigen versuchen, wann die Lage des Noterben als so beschaffen angesehen werden darf, daß ihm eine exheredatio bona mente Nutzen verspricht.

I. Fall: Der Noterbe ist impubes, so daß die Verwaltung der Erbschaft einem Vormund übertragen werden müßte. Der Vormund unterliegt den beschränkenden, teilweise recht unzweckmäßigen Vorschriften des römischen Vormundschaftsrechts.[2]) Ferner bietet das römische Vormundschaftswesen dem Mündel geringe Sicherheit,[3]) den Testator nötigen aber gewisse Rücksichten eine bestimmte Person zum Vormund einzusetzen oder aber der Vater des Pupillen ist schon gestorben, sodaß die Mutter als testatrix einen tutor bereits vorfindet. Es läßt sich somit die Besorgnis nicht von der Hand weisen, das Vermögen könne schlecht verwaltet oder veruntreut werden.[4])

II. Fall: Der Noterbe steht unter väterlicher Gewalt, würde also die mütterliche Erbschaft für seinen Vater erwerben. Die Mutter hat aber alle Veranlassung ihrem Gatten zu mißtrauen, z. B. weil er ein Verschwender ist. Das Kind läuft daher Gefahr, sein mütterliches Erbteil zu verlieren. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn die Mutter ihr Kind zwar einsetzte aber dem Vater Nießbrauch und Verwaltung entzöge. Denn nach Nov. 117 cap. 1 bliebe dem Vater jedenfalls der Nießbrauch am Pflichtteil.[5])

III. Fall: Der Noterbe befindet sich in der Gewalt seines Großvaters, während sein Vater emanzipiert ist; er würde also die väterliche Erbschaft für seinen Großvater erwerben. Dieser ist aber suspectus quasi consumpturus bona nepotis.[6])

IV. Fall: Der Noterbe ist mit einem Verschwender verheiratet. Dieser Fall findet in den Quellen keine direkte Stütze. Weil aber eine Erbeinsetzung dem Noterben schädlich wäre, da der Ehegatte voraussichtlich das ererbte

---

[2]) Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 402.

[3]) Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 401.

[4]) l. 18 D. 28, 2; l. 3 § 3 D. 22, 1; l. 46 D. 36, 1; l. 74 § 1 D. 36, 1.

[5]) l. 25 C. 3, 28; Glossa zu l. 25 h. t.

[6]) l. 16 D. 37, 4.

Vermögen bald durchbringen würde, so ist auch hier mit Rücksicht auf die Ratio legis die exheredatio bona mente zuzulassen.[7])

V. Fall: Der Noterbe ist geisteskrank (furiosus), bedarf daher eines curator. Hier bestehen die gleichen Mißlichkeiten, wie sie im Fall I geschildert sind.[8]) Ist der Noterbe lediglich geistesschwach, so daß er keinen curator erhält, so lassen sich ebenfalls Fälle denken, in denen ihm die Hinterlassung des Pflichtteils geringen Nutzen brächte. Z. B. die Noterbin ist ein schwachsinniges Mädchen; sein Vater fürchtet nicht mit Unrecht, es werde vielleicht allein um seines Geldes willen geheiratet, hernach von seinem Manne schlecht behandelt und noch dazu um sein Vermögen gebracht werden.[9])

VI. Fall: Der Noterbe ist anerkanntermaßen ein Verschwender.[10])

VII. Fall: Der Noterbe ist überschuldet. Von der Erbschaft hätte er nicht den geringsten Nutzen; denn kaum angefallen würde sie eine Beute der harrenden Gläubiger werden. Mit Recht hat darum die gemeinrechtliche Praxis hier einen der vornehmsten Anwendungsfälle unsres Rechtsinstituts erblickt,[11]) wenn auch die Quellenbeispiele über diese Frage schweigen.[12])

VIII. Fall: Der Noterbe hat ein mit Vermögenskonfiskation bedrohtes

---

[7]) Stryck us. mod. lib. 28 tit. 2 § 8—11; Bruges pos. V; Bagelmann cap. 20; Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 453; Sintenis Bd. III S. 609; Entsch. d. OAG. zu Rostock S. 298 (s. § 3 Anm. 2 Ziff. 17); vgl. auch Entsch. d. RG. v. 3. Februar 1888 (s. § 3 Anm. 2 Ziff. 20).

[8]) l. 12 § 2 D. 38, 2.

[9]) U. Huber, Prael. ad Pand. lib. V tit. 2 § 19; Bagelmann cap. 27, 28; Barth § 38; Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 453; Entsch. d. OAG. Rostock S. 298 (siehe § 3 Anm. 2 Ziff. 17).

[10]) l. 16 D. 27, 10.

[11]) Schaumburg lib. II tit. 17 aphorism. 5; Carpzov pars III const. 9 def. 11; Struvius exerc. XXXII lib. XXVIII tit. II 35; Stryck us. mod. lib. 28 tit. II § 8—11; Cramer Teil 38 Nr. 8; Leyser tom. V spec. 358; Höpfner lib. II tit. 18; G. L. Böhmer Bd. I S. 244; Hennig cap. 4; Bruges pos. IV; Barth §§ 32, 33; Glück Bd. VII S. 257; Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 446; Hartitzsch § 124; Sintenis Bd. III S. 609; K. Schmidt S. 391; ferner die in § 3 Anm. 2 Ziff. 1—3, 7—11, 13, 14, 17 angeführten Entscheidungen.

[12]) In diesem Zusammenhang ist auch der Fall zu erwähnen, daß zwar nicht der Noterbe überschuldet ist, wohl aber sein Vater, der Kaufmann gewesen ist, daß ferner an dem betreffenden Ort statutarische Bestimmungen existieren, wonach Kaufmannssöhne die Schulden ihres Vaters bezahlen müssen, auch wenn sie die väterliche Erbschaft ausschlagen, und daß im konkreten Fall die Schulden des Vaters seinen Nachlaß übersteigen. Hier wäre ersichtlich den Söhnen eine Beerbung von größerem Schaden als eine Exheredation, die darum auch nicht wohl versagt werden kann. (Baldus l. si dotis C. 5, 12 n. 3; Menoch cons. 57 n. 6; Struvius exerc. XXXII lib. XXVIII tit. II 35/17; Stryck us. mod. lib. 28 tit. II § 8—11, IX; Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 456; K. Schmidt S. 401.)

Verbrechen begangen. Hier wäre eine Zuwendung des Pflichtteils nur nachteilig, da der fiscus sofort von ihm Besitz ergreifen würde.[13])

IX. Fall: Der Noterbe ist jugendlich unerfahren, leichtlebig und statt sich einer ernsten Arbeit hinzugeben verbringt er seine Tage mit Nichtstun. Hier liegt die Gefahr nahe, er möchte, sobald er Herr des väterlichen Vermögens geworden sei, allzu sorglos damit umgehen und es dadurch bald verschleudern. Um dies zu verhüten, lassen zahlreiche Rechtslehrer eine exheredatio ad tempus zu oder wenigstens das Verbot der Veräußerung der Erbschaft bis zur Erreichung eines gewissen Lebensalters, was ja auch unter den Begriff der exheredatio bona mente zu subsumieren ist.[14])

X. Fall: Der Noterbe beabsichtigt eine Person zu heiraten, deren Habgier und Verschwendungssucht bekannt ist. Der Abschluß der Ehe würde ihn in Gefahr bringen, um sein Vermögen zu kommen, weshalb er für den Fall der Verehelichung bona mente enterbt werden kann. Die Sache liegt nicht wesentlich anders, als wenn er bereits mit dem Verschwender verheiratet wäre, unter welcher Annahme die Voraussetzungen des IV. Falles zutreffen würden.[15])

XI. Fall: Der Noterbe ist ein kollationspflichtiges Hauskind. Die Kollation erfolgte ursprünglich durch cautio. Dabei konnte es vorkommen, daß der Kollationspflichtige mehr einwerfen mußte, als er aus der väterlichen Erbschaft erhielt. Hatte er nämlich, nachdem er die bonorum possessio agnosziert hatte, die cautio geleistet, so konnte er nicht gegen sie einwenden, daß er, wie sich nachträglich herausstellte, mehr einzuwerfen als zu empfangen habe.[16]) Die Erbschaft konnte ihm also mehr Schaden als Nutzen bringen. Nachdem der Prätor gegen Ende der Republik den Hauskindern die Rechtswohltat der Abstinenz gewährt hatte, konnten sich die Hauskinder durch Ausschlagung der Erbschaft schützen. Aber vorher gab es kein anderes Mittel als eine in guter Absicht ausgesprochene Enterbung.[17])

[13]) Decius cons. 442; Pancirolus cons. 181 n. 6; Bereta cons. 133; Barth § 36; K. Schmidt S. 401.

[14]) Boer dec. 87; Menoch cons. 57 n. 6; Decius cons. 386, 442 n. 26; Alciatus resp. 497, 522, 635, 645; ferner De praes. regula prima praes. praes. 2; Vossius De bon. public. tit. n. 41; Zasius De vulg. et pup. subst. l. 1 § substituere n. 42—45; Roland a Valle lib. II cons. 98 n. 25; Cavalcanus lib. II sectio 2 n. 20; Clementinus effectus 16 n. 33; Pistor obs. 213 n. 6; Grassus § legitima qu. 38 n. 14—18; Poll cap. 67 V; Struvius exerc. XXXII lib. XXVIII tit. II 35/13; Stryck us. mod. lib. 28 tit. 2 §§ 8—11 V; ferner De caut. test. cap. 19 § 16; Barth § 37; Kessel cap. 6; Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 456; K. Schmidt S. 392.

[15]) Vagelmann cap. 22—25; Glück-Mühlenbruch S. 456.

[16]) Dernburg Pand. Bd. III S. 278.

[17]) Hartitzsch § 124; K. Schmidt S. 392.

Mit diesem Beispiel sei die Aufzählung geschlossen, die natürlich weder erschöpfend sein soll noch kann. Es bleibt nur mehr übrig auf einige Fälle einzugehen, in denen jedenfalls von einer exheredatio bona mente keine Rede sein kann, bezüglich deren aber verschiedentlich gegenteilige Ansichten geäußert wurden.

Einige Autoren[18]) bringen in diesen Zusammenhang den Fall, daß gegen den Noterben ein Ausschließungsgrund nach Novelle 115 vorliegt. Auch hier könne der Testator eine exheredatio bona mente vornehmen. Es ist nicht zu bezweifeln, daß ein Erblasser, welcher berechtigt ist einem seiner Noterben den Pflichtteil zu entziehen, die Möglichkeit hat, gegenüber diesem Noterben alle diejenigen Maßregeln zu ergreifen, die einem Testator, wie wir später sehen werden, zu Gebote stehen, wenn er die exheredatio bona mente auf einen Noterben anwenden will. Allein dadurch wird das Vorgehen dieses Erblassers nicht zu einer exheredatio bona mente. Diese erfordert eine Lage des Noterben, in der ihm eine Erbeinsetzung mehr schaden als nutzen würde, und sie hat, wie wir alsbald hören werden, zur weiteren Voraussetzung, daß die Maßnahmen des Testators der Ausfluß seiner liebevollen Gesinnung gegen den Noterben sind. Beide Voraussetzungen pflegen gleichmäßig zu fehlen, wenn ein Enterbungsgrund nach Novelle 115 gegeben ist. Sollten sie wider Erwarten beide vorhanden sein, so wäre natürlich eine Enterbung aus guter Absicht möglich, aber nicht auf Grund der Novelle, sondern wegen eben dieser Voraussetzungen.[19])

Schließlich wird noch mehrfach[20]) behauptet, eine exheredatio bona mente sei auch allemal dann zulässig, wenn der Noterbe seine Einwilligung dazu erteile. Darauf ist zu erwidern, daß hier kein Grund zu einer exheredatio bona mente gesehen werden kann, daß vielmehr die Gültigkeit solcher Testamente lediglich auf ihrer Anerkennung durch die Enterbten beruht, nicht aber auf einem gar nicht vorhandenen Grund zu einer gutgemeinten Enterbung. Derartige Enterbungen haben übrigens schon um deswillen mit der exheredatio bona mente nichts zu tun, weil dem Erblasser die bona mens fehlt, und damit kommen wir zu dem zweiten Erfordernis unseres Rechtsinstituts: der guten Absicht.

II. Der Testator muß von aufrichtiger Liebe und Fürsorge für seinen

---

[18]) Barth § 41; K. Schmidt S. 392.

[19]) Vgl. dagegen § 13 A III, wo die Fälle der Pflichtteilsentziehung als Fälle der Pflichtteilsbeschränkung genannt werden. Der Grund liegt in der Nichtübereinstimmung des römischen und deutschen Rechts bezüglich der Frage, ob die Pflichtteilsbeschränkung eine gute Absicht erfordert oder nicht.

[20]) Zasius, De vulg. et pup. subst. l. 1 § substituere n. 42—45; Struvius exerc. XXXII lib. XXVIII tit. II 35/16; Lincks cap. 19; Kessel cap. 6; Bruges pos. IV.

Noterben beseelt und zum Erlaß seiner Anordnungen von diesen Gefühlen getrieben sein. Er muß bei Errichtung seines letzten Willens davon ausgehen und davon überzeugt sein, daß seine Maßnahmen im wohlverstandenen Interesse des Pflichtteilsberechtigten liegen und dessen wahrem Wohle in höherem Maße dienen als eine Erbeinsetzung. Der Geist der Quellenstellen fordert klar von dem Testator bonam mentem, eine Reihe von leges bringt diese Forderung auch in ihrem Wortlaut zum Ausdruck.[21])

Es muß daran festgehalten werden, daß der Testator den Vorteil des Noterben selbst im Auge haben muß, nicht etwa ausschließlich den anderer Leute, z. B. den der Familie bezwecken darf. Alle einschlägigen Gesetzesstellen dienen zum Beweis. Höchstens l. 16 D. 27, 10 scheint eine Ausnahme zu machen; allein auch das ist nicht der Fall. Es ist wohl nicht zu bestreiten, daß man für einen Verschwender am besten sorgt, wenn man ihm die Verfügung über die Substanz des Vermögens entzieht, aber zugleich seinen Lebensunterhalt auf andere Weise sichert. Zudem ist in dem Beispiel des Tryphonin der Verschwender Familienvater. Es obliegt ihm also die Pflicht für seine Kinder zu sorgen. Sein Vater handelt demnach in seinem eigensten Interesse, wenn er den Grundstock des Erbteils den Kindern sichert und ihm dadurch die Möglichkeit gewährt, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Übrigens zeigt schon der Zusammenhalt des § 2 mit den §§ 1 und 3, daß es sich an der ganzen Stelle um eine Fürsorge des Erblassers für seinen verschwenderischen Sohn selbst handelt: Das Verhalten des Sohns macht die Anordnung einer cura prodigi dringend notwendig, weil sonst sein und seiner Kinder Ruin zu befürchten steht. Es ist unbestritten, daß eine derartige cura, wenn auch stets zugleich das Interesse der gesetzlichen Erben des Verschwenders, doch vorzugsweise dessen eigenes Interesse bezweckt. Nun wird von dem Juristen die exheredatio bona mente als ein Mittel bezeichnet, das in seinen Wirkungen der cura gleichkomme, es wird die exheredatio bona mente einer cura gleichgestellt und gezeigt, daß auch auf diesem Weg der Vorteil des Verschwenders verfolgt werden könne. Aus der Stelle läßt sich lediglich das entnehmen, daß zur Verwirklichung der guten Absicht den Enkeln zuzuwenden ist, was dem Kinde entzogen wird.

Es gehen also diejenigen[22]) entschieden zu weit, welche eine exheredatio bona mente allemal dann zulassen wollen, wenn Gefahr besteht, die Familie des Noterben möchte durch Verschleuderung der Erschaft in Dürftigkeit geraten.

Weiter ist zu beachten, daß der Testator die Enterbung auch nicht

---

[21]) Vgl. l. 18 D. 28, 2; l. 25 C. 3, 28; l. 16 D. 27, 10.

[22]) J. A. Seuffert Bd. III § 657; Dernburg Pand. Bd. III S. 300; Tewes S. 486.

lediglich aus Haß gegen eine dritte Person vornehmen darf.[23]) Schließlich genügt es auch nicht, wenn der Testator zwar nicht aus Haß gegen eine Person aber auch nicht aus Liebe zu seinem Noterben, sondern aus irgendeinem andern Grund seine Verfügungen trifft. Z. B. ein Vater hat zwei Söhne, von denen der eine reich, der andere arm ist. Aus Fürsorge für den armen enterbt er den reichen Sohn, nicht aus Haß gegen ihn, sondern weil er glaubt, er habe die Erbschaft nicht nötig. Hier liegt keine Enterbung aus guter Absicht vor, sondern eine exheredatio mala mente, weil nicht der Vorteil des Enterbten, sondern der des Eingesetzten bezweckt wird.[24])

§ 6. **Form.**

I. Einige Autoren[1]) behaupten, es werde überhaupt keine bestimmte Form verlangt. Die Vorschriften, welche die exheredatio mala mente beträfen, seien nicht anwendbar, weil diese wegen des odium exheredationis viele Erfordernisse habe, damit sie nicht leicht von statten gehe, während bei der exheredatio bona mente solche Zwecke nicht verfolgt würden. Spezialregeln bestünden keine, sohin sei alles der Willkür des Testators überlassen. Dieser Argumentation können wir uns nicht anschließen. Wenn keine besonderen Vorschriften für die exheredatio bona mente vorhanden sind, so müssen wir eben die allgemeinen wenn auch strengen Normen über die Enterbung zur Strafe heranziehen.

II. In der Durchführung dieses Prinzips stellen wir zuerst den Satz auf, daß die exheredatio bona mente nur in einem Testament vorgenommen werden kann. Es herrscht Einigkeit darüber, daß neben den ordentlichen Testamenten auch das Blindentestament, das Militärtestament, das testamentum ruri conditum und das testamentum tempore pestis conditum eine Enterbung in guter Absicht aufnehmen können. Dagegen gehen die Meinungen hinsichtlich des testamentum parentum inter liberos auseinander. Es wird die Ansicht vertreten, in Novelle 107, welche von dem testamentum parentum inter liberos handelt, werde dem Vater lediglich erlaubt, seine Kinder zu Erben einzusetzen, von der Möglichkeit einer Enterbung stehe nichts im Gesetz; da dem Vater in diesem Testament die Solemnitäten ex jure singulari erlassen würden, so müsse man das Gesetz strikte interpretieren, es sei daher keine Enterbung zuzulassen.[2]) Es wird ferner behauptet, das sogenannte testamentum parentum inter liberos sei überhaupt kein Testament, sohin auch eine Enterbung in ihm nicht möglich.[3])

---

[23]) U. Huber, Prael. ad pand. lib. V tit. 2 § 19.

[24]) Schlemm cap. 31.

[1]) Lincks cap. 11; ähnlich Barth §§ 17 ff.

[2]) Walch S. 329.

[3]) Fritz, Lehre von d. Test. d. Eltern unter d. Kinder.

Wir halten diese Ansichten für unzutreffend. Der wesentliche Inhalt eines Testaments ist die Erbeinsetzung. Diese ist in einem testamentum parentum inter liberos gestattet. Daraus geht hervor, daß wir es hier mit einem wahren und eigentlichen Testament zu tun haben. Das war auch von jeher die gemeine Meinung.[4]) Wenn aber das testamentum parentum inter liberos ein wirkliches Testament ist, so dürfen darin auch Enterbungen vorgenommen werden, ohne daß der Gesetzgeber das eigens erlauben müßte. Wenn es auch in Novelle 107 heißt: in quibus scripsit eos heredes, so ist doch die ratio legis die, daß alle Willensäußerungen des Vaters gültig sein sollen, also auch Enterbungen. Allerdings ist es für unsre Frage Voraussetzung, daß der Erblasser mindestens zwei Kinder hat, von denen er eines bona mente enterben will. Denn zur Gültigkeit des testamentum parentum inter liberos wird jedenfalls erfordert, daß wenigstens ein Kind eingesetzt wird.[4])[5])

Anders liegt die Sache bei der divisio parentum inter liberos. Diese ist nichts anderes als eine von den Aszendenten vorgenommene Teilung ihres Nachlasses unter ihre Deszendenten und setzt entweder ein gültiges Testament oder die Intestaterbfolge voraus. Erbeinsetzungen können in ihr nicht stattfinden und darum auch keine Enterbungen.[6])

Es herrscht weiter Streit über die Frage, ob ein Kodizill genüge. Mehrere Schriftsteller äußern sich in bejahendem Sinn[7]) und verwerten teilweise zur Begründung l. 76 D. 36, 1: wenn ein Kodizill schon ob favorem pupilli statthaft sei, so müsse es auch ob favorem liberorum erlaubt sein, teilweise behaupten sie schlechtweg, die Gesetzesstellen über die Kodizille bezögen sich nicht auf die exheredatio bona mente, sondern nur auf die exheredatio mala mente. Aber in l. 2 I. 2, 25 und l. 2 C. 6, 36 ist deutlich zum Ausdruck gebracht: codicillis hereditas neque dari neque adimi potest. Daß dieser Grundsatz nur für die exheredatio mala mente gelte, läßt sich aus nichts entnehmen. Auch die l. 76 D. 36, 1 ist nicht beweiskräftig. Es hatte hier ein Vater seinem unmündigen Sohn in einem Kodizill pupillariter substituiert. Der Sohn war gestorben. Die Substitution war, weil in einem Kodizill geschehen, ungültig. Trotzdem wurde die Mutter als gesetzliche Erbin angehalten, dem Substituten die

---

[4]) Glück-Mühlenbruch Bd. XLII § 1482.

[5]) Vgl. auch Notariatsordnung von 1512 und Fritz a. a. O.

[6]) Nov. 107 cap. 3; Schlemm cap. 4; K. Schmidt S. 382; a. A. Barth § 20, der auf Grund seiner eingangs dieses Paragraphen erwähnten Theorie zur entgegengesetzten Ansicht gelangen muß.

[7]) Struvius exerc. XXXII lib. XXVIII tit. II 35/10; Lyncker vol. II resp. 11; Barth § 21; Kessel cap. 5; Lyncks cap. 16; Bruges pos. II.

Erbschaft herauszugeben. Man sieht, dieser Fall ist so speziell, daß er nach den Regeln der Auslegung keineswegs analog ausgedehnt werden darf.[8]) Wenn schließlich l. 76 implizite die Bestimmung enthielte, daß für eine exheredatio bona mente ein Kodizill genüge, so wäre das jedenfalls durch l. 7 C. 6, 36 als das jüngere Gesetz längst aufgehoben. Wir schließen uns also den Schriftstellern an,[9]) welche es für unzulässig halten in einem Kodizill eine Enterbung vorzunehmen. Auch die Beschwerung eines Pflichtteils mit Bedingungen ist in einem Kodizill nicht gestattet.[10])

Anders lautet die Entscheidung der Frage bei einem Soldatenkodizill. Da der Soldat durch eine nackte Willenserklärung seine Erbschaft zuweisen und wegnehmen kann, so kann er es um so mehr durch ein Kodizill. Daher kann er natürlich auch in einem Kodizill bona mente enterben.[11])

Da die exheredatio bona mente in einem Testament zu erfolgen hat, so wird zu ihrer Gültigkeit selbstredend Testierfähigkeit des Erblassers vorausgesetzt. Diesen Grundsatz wollen Kessel[12]) und Bruges[13]) zu Gunsten des pater prodigus durchbrechen. Dieser könne zwar im allgemeinen ein Testament nicht errichten, allein es bestehe kein Grund, ihm die Fähigkeit zu entziehen, aus guter Absicht zu enterben, da das zum Heil seiner Kinder gereiche. Wir können diese Ansicht nicht teilen. Wir würden uns anderenfalls ohne innere Berechtigung[14]) über eine klare Bestimmung des positiven Rechts[15]) hinwegsetzen.

III. Auch bei der exheredatio bona mente dürfen die gewöhnlichen Solemnitäten der Enterbung nicht außer acht gelassen werden. Dem gegenüber wird verschiedentlich behauptet, wenn die Entziehung des Pflichtteils nicht zur Strafe, sondern aus guter Absicht erfolge, sei ausnahmsweise auch eine praeteritio bona mente zulässig und mache das Testament keineswegs ungültig. Wir müssen darum auf diese in der Litteratur nicht immer klar behandelte Frage näher eingehen.[16])

[8]) s. Glück Bd. VII S. 267.

[9]) Hofacker Bd. II § 1702; Walch S. 329; Schlemm cap. 30; Bruges pos. II; Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 461; Sintenis Bd. III S. 609; K. Schmidt S. 382.

[10]) l. 2 I 2, 25.

[11]) Einen (durch das oben Gesagte widerlegten) Mittelweg schlägt Schulte ein: cap. 12.

[12]) Kessel cap. 7. [13]) Bruges pos. II.

[14]) Vgl. Windscheid Pand. Bd. III § 539 Anm. 5.

[15]) § 2 I, 2, 12; l. 18 pr. D. 28, 1.

[16]) Vgl. Imola l. cum ex filio D. de vulg. et pup.; Merenda lib. IV cap. 25; Mantica lib. IV tit. 11; Struvius exerc. X lib. V tit. II 37, ferner exerc. XXXII lib. XXVIII tit. II 35/8; Poll cap. 67 VIII; Hofacker Bd. II § 1702; Pufendorf tom. I obs. 192; Lincks cap. 6; Barth § 18, 22, 23; Schlemm cap. 6—9, 15, 16, 23; Kessel cap. 5; Bruges pos. IV; Westphal § 598; Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 374, 382; A. Schmidt S. 166; Arndts in Weiske Bd. 3 S. 901; K. Schmidt S. 374, 382.

Nach Zivilrecht müssen die sui, nach prätorischem Recht alle liberi rite exherediert werden. Daraus ergibt sich, daß jedenfalls Aszendenten und Geschwister bona mente präteriert werden können. Nov. 115 hat, von andern Erwägungen abgesehen, hieran schon um deswillen nichts ändern können, weil sie sich auf die exheredatio bona mente nicht bezog. Was die Deszendenten anlangt, so können auch sie nach Justinian gültig übergangen werden. Wir nehmen nämlich an, daß damals das formelle Noterbrecht überhaupt nicht mehr in Kraft gewesen ist, somit Deszendenten selbst mala mente präteriert werden durften.[17][18])

Die ganze Frage konzentriert sich also darauf, ob vor Nov. 115 Deszendenten bona mente präteriert werden konnten. Diese Frage ist zu verneinen. Die Vertreter der entgegengesetzten Theorie berufen sich in der Regel auf l. 16 § 2 D. 27, 10 und auf l. 16 D. 37, 4, weil an beiden Stellen eine praeteritio bona mente als gültig angesehen werde. Allein im ersten Fall liegt gewiß keine praeteritio vor. Tryphonin geht hier davon aus, daß Vater und Söhne sich in der Gewalt des Großvaters befinden, und legt nun dar, wie an Stelle einer cura prodigi für den Vater eine gutgemeinte Enterbung des Vaters unter gleichzeitiger Erbeinsetzung der Enkel treten könne. Da fällt ihm ein, daß die Enkel sich möglicherweise nicht in der großväterlichen Gewalt befinden, und er ändert sein Auskunftsmittel entsprechend um, indem ihm dabei die Voraussetzungen des ersten Falles, d. h. die bona mente geschehene Enterbung des Vaters, vorschweben. Im zweiten Fall läßt sich das Vorhandensein einer praeteritio allerdings nicht bezweifeln. Allein wir haben es mit einem anormalen Verhältnis zu tun. Der Enkel, um den es sich handelt, gehört nämlich eigentlich weder zu den sui noch zu den liberi des Testators. Somit hat er nach dem Wortlaut des Edikts überhaupt keinen Anspruch auf die bonorum possessio contra tabulas, wenn er im Testament übergangen wird. Lediglich aus Billigkeitsrücksichten pflegt der Prätor in solchen Fällen durch ein besonderes Dekret die bonorum possessio zu gewähren; er kann sie aber auch aus den gleichen Rücksichten versagen.[19]) Das tut er in dem

---

[17]) Sogenanntes Derogationssystem; vgl. über diese bestrittene Frage Dernburg, Pand. § 526.

[18]) Insoweit ist eine Einwirkung der Novelle auf die exheredatio bona mente anzunehmen. Denn es ist natürlich ausgeschlossen, daß Justinian das Präteritionssystem für die exheredatio bona mente aufrecht erhalten wollte, wenn er es bei der exheredatio mala mente für überflüssig hielt. Diese Einwirkung widerspricht nicht unserm verschiedentlich wiederholten Satz, daß Justinian in Nov. 115 die exheredatio bona mente nicht aufgehoben hat. Justinian hat hier eben allgemein das formelle Noterbenrecht beseitigt und außerdem auf die exheredatio mala mente bezügliche Bestimmungen getroffen.

[19]) K. Schmidt S. 359, 360, 370.

angezogenen Beispiel und stellt damit den Zustand wieder her, der eigentlich dem Edikt entspricht. Daraus läßt sich aber doch ganz gewiß nicht schließen, daß in den Regelfällen der Präterition der Prätor die bonorum possessio contra tabulas ebenfalls nicht gäbe.

Nur in folgenden zwei Fällen ist die Präterition eines Deszendenten zulässig: Eine Mutter kann auch im vorjustinianischen Recht ihre Kinder bona mente übergehen. Das erklärt sich daraus, daß sie keine sui haben kann. Ein Soldat ferner braucht sich in seinem Testament an gar keine Form zu halten, er kann seine Kinder sowohl mala wie bona mente gültig präterieren.

IV. Es ist endlich noch die Streitfrage zu würdigen, ob der Erblasser in seinem Testament den Grund ausdrücklich anführen muß, der ihn zur exheredatio bona mente bewogen hat. An der Hand unseres zu I aufgestellten Prinzips gelangen wir zu dem Ergebnis, daß diese Frage zu verneinen ist.[20]) Bei der exheredatio mala mente bestand zur Angabe des Grundes keine Verpflichtung. Durch das Aufkommen des materiellen Pflichtteilsrechts hat sich hieran nichts geändert. Es war jeweils Sache des Gerichts, darüber zu entscheiden, ob ein gerechtfertigter Grund zur Enterbung vorlag oder nicht. Daraus entnehmen wir, daß auch bei der Enterbung aus guter Absicht die causa nicht angegeben werden mußte. Justinian hat allerdings durch Nov. 115 Wandel geschaffen und Anführung des Enterbungsgrundes im Testament verlangt. Allein wir wissen, daß die Nov. 115 für die exheredatio bona mente keine Bedeutung hat. Es ist deshalb daran festzuhalten, daß auch im justinianischen und gemeinen Recht die Beifügung des Motivs kein notwendiges Erfordernis war, wenn auch nicht zu leugnen ist, daß es sich des leichteren Beweises wegen empfahl, den Grund anzuführen.

Die vorgetragene Ansicht hat zahlreiche Gegner.[21]) Diese halten An-

---

[20]) P. Gregor Tholosanus lib. XLII cap. 22 n. 27, lib. XLIV cap. 3; Schrader pars X sectio 19 n. 231 ff.; Sichard ad auth. non licet C. 6, 28 n. 26; Ridderhus pars VI cap. 3 n. 22; Sand lib. IV tit. 2 def. 3; Barry lib. X tit. 2 n. 2, 24; Lyncker vol. II resp. 11; Struvius exerc. XXXII lib. XXVIII tit. II 35/8; Stryck us. mod. lib. XXVIII tit. II § 8—11; Richter dec. 41 n. 48; Hofacker Bd. II § 1702; Kessel cap. 6; Lincks cap. 12; Bruges pos. I, IV; Vering S. 402; Tewes S. 486; Schröder S. 354; A. Schmidt S. 166; Koeppen S. 649; K. Schmidt S. 382; Entsch. d. Ob.-Trib. zu Stuttg. (s. § 3 Anm. 2 Ziff. 18); Entsch. d. RG. v. 1888 (s. § 3 Anm. 2 Ziff. 20).

[21]) Pufendorf tom. I obs. 192; U. Huber, Prael. ad Inst. lib. II tit. 18 § 13; Hufeland Bd. II S. 137; Höpfner lib. II tit. 18; Holzschuher Bd. II S. 878; Schlemm cap. 24—26; Schulte § 13; Vagelmann cap. 18; Sonnenberg cap. 3; Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 462; Mühlenbruch Pand. § 684; Glück Bd. VII S. 263; Adlerflycht § 300; Valett § 67; Thibaut Bd. II S. 477; Wening-Ingenheim Bd. III § 492; Koch § 50; Baron S. 710; Sintenis Bd. III S. 609; Barth § 27; Mayer

gabe des Grundes für wesentlich und stützen sich dabei auf l. 3 § 3 D. 22, 1 und l. 16 D. 27, 10. Allein diese Beweisführung ist nicht überzeugend. Im l. 3 de usuris wird uns lediglich in erzählendem Tone mitgeteilt, wie eine Frau einen Verwandten statt ihrer Tochter zum Erben eingesetzt und als Grund im Testament angegeben habe, daß sie ihre Erbschaft lieber ihrem Verwandten als den Vormündern ihrer Tochter anvertraue, wie dann bei der Restitution Streit über die Erbschaftsfrüchte entstanden sei usw. Aus dieser nebensächlichen Erwähnung, die testatrix habe in ihrer Verfügung den Grund ausdrücklich angeführt, kann unmöglich der Schluß gezogen werden, es müsse allemal bei einer exheredatio bona mente das Motiv beigefügt werden. Statt der Phrase: idque sibi mater ideo placuisse testamento comprehendisset, hätte Papinian, ohne die Bedeutung der Stelle irgendwie zu verändern, ebensogut sagen können: idque mater ideo fecisset. Auch aus den Worten: addita causa necessitateque judicii sui in l. 16 de cur. fur. kann die Notwendigkeit einer Grundangabe nicht entnommen werden. Der Wortlaut des § 2 läßt nämlich rein grammatikalisch zwei Auslegungen zu. Er kann so verstanden werden: Der Vater konnte seinen Sohn bona mente enterben, indem er d. h. unter der Bedingung, daß er den Grund im Testamente beifügte. Er kann aber auch ebensogut so gemeint sein: Der Vater konnte seinen Sohn bona mente enterben und konnte dabei (aus Zweckmäßigkeitsgründen) den Grund anführen. Im letzteren Falle bedeuten die Worte addita causa etc. nichts weiter, als daß der Vater den Grund hinzusetzen konnte, wenn er wollte, z. B. weil er es mit Rücksicht auf den Beweis für angebracht hielt. Diese Auslegung erscheint als die allein richtige; denn wenn von einer allgemeinen Norm abgewichen werden soll, so muß das deutlicher im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden, als es jedenfalls hier geschehen wäre.

§ 7. Inhalt.

A. Der Erblasser. Welche Maßnahmen kann der Erblasser treffen und auf welche Weise verwirklicht er dabei seine gute Absicht? Wie wir bereits wissen, hat er zwei Möglichkeiten:

I. Er kann den Noterben exheredieren, ihm den Pflichtteil entziehen.

II. Er kann den Noterben instituieren, ihm den Pflichtteil zuwenden aber unter Hinzufügung einer sonst unzulässigen Beschränkung.

ad I. Im ersten Fall ist die Aufgabe des Testators mit der Beseitigung des Schadens, der dem Noterben durch die Überlassung der Erbschaft erwachsen könnte, noch nicht gelöst. Es muß noch eine Anordnung

---

Bd. I S. 292; J. A. Seuffert Bd. III § 657; Gruchot Bd. III S. 178 ff.; Arndts, Pand. S. 1074; ferner die in § 3 Anm. 2 Ziff. 12, 17, 19 genannten Entscheidungen.

hinzukommen, die dem Enterbten einen positiven Nutzen bringt. Welcher Art diese Verfügung sein muß, ist gesetzlich nicht festgelegt, es richtet sich alles nach den Umständen des einzelnen Falles. Gewöhnlich wird zwischen einer exheredatio in perpetuum und einer exheredatio ad tempus unterschieden. Es wird angenommen, daß in Fällen I, II, III und IX der in § 5 gegebenen Aufzählung die Enterbung nur auf Zeit erfolgen dürfe und der Testator dem Fiduziarerben durch Universalfideikommiß auftragen müsse, die ganze Erbschaft an den Noterben herauszugeben, sobald der Grund der Enterbung weggefallen sein werde.[1]) Gegen diese Ansicht ist nichts einzuwenden, weil es unbestreitbar ist, daß so für den Enterbten auf das vorzüglichste gesorgt wird. Wenn nun aber in der Regel behauptet wird, in allen übrigen Fällen geschehe die Enterbung ad perpetuum und müsse aufrecht erhalten bleiben, auch wenn sie wegen späteren Wegfalls des Grundes in der Folge zum Nachteil des Enterbten ausschlage, so können wir damit nicht übereinstimmen. Es ist keineswegs ausgeschlossen, ja nicht einmal unwahrscheinlich, daß die Ehe des mit einem Verschwender verheirateten Noterben aus irgendeinem Grunde aufgelöst wird, daß der geisteskranke Noterbe wieder gesund wird, daß der Verschwender zu einem geregelten Lebenswandel übergeht. Der Testator muß mit diesen je nach der Lage des Falles vielleicht naheliegenden Möglichkeiten rechnen und auch unter solchen Umständen dem Noterben den Genuß des entzogenen Vermögens für den Fall regelmäßig sichern, daß wider Erwarten der Grund der Enterbung später verschwinden sollte, weil andernfalls das unentbehrliche Erfordernis der bona mens nicht hinreichend verwirklicht wäre.[2]) Wir sagen regelmäßig, weil Ausnahmen allerdings nicht ausgeschlossen sind. So sind auch wir der Ansicht, daß in den Beispielen VIII und XI des § 5 die Enterbung eine dauernde zu bleiben hat.

Es ist jetzt noch die Frage zu beantworten, wie der Testator seine bona mens in der Zeit realisiert, welche dem vielleicht nie eintretenden Wegfall des Grundes vorausgeht. Die meisten Schriftsteller sind sich darüber einig, daß für den Lebensunterhalt des Noterben durch Hinterlassung von Alimenten zu sorgen sei.[3]) Tatsächlich spricht die Erwägung,

[1]) l. 18 D. 28, 2; l. 3 § 3 D. 22, 1; l. 46 D. 36, 1; l. 74 § 1 D. 36, 1; l. 16 D. 37, 4; l. 25 C. 3, 28.

[2]) Ähnlich Poll cap. 67 IX; Schlemm cap. 34; Kessel cap. 13; Mayer Bd. II S. 477. Es ist ja auch ein alter Rechtssatz: cessante causa finali cessat effectus; vgl. auch § 1 I 2, 16; l. 9 C. 6, 26.

[3]) Voer dec. 23 n. 82; Pufendorf tom. I obs. 192; Pontanus cap. 5; Struvius exerc. XXXII lib. XXVII tit. II 35/20; Hofacker Bd. II § 1702; Adlerflycht § 300; Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 461; Schulte § 16; Kessel cap. 9, 12; Mayer Bd. II S. 477; Dernburg Pand. Bd. III S. 300; Puchta Bd. I S. 407: Koeppen

daß ohne Sicherung des Unterhalts dem Enterbten mit der Enterbung meist noch schlechter gedient wäre als mit einer Erbeinsetzung dafür, daß derartige Anordnungen zu treffen sind, auch läßt sich l. 16 D. 27, 10 zum Beweise heranziehen. Allein es sind doch gewisse Einschränkungen und andererseits auch Erweiterungen zu machen. Man wird im allgemeinen sagen können: Je größer die Wahrscheinlichkeit, daß der Noterbe keinen Nutzen aus seinem Pflichtteil hätte ziehen können, desto geringer die Zuwendungen, die der Testator zu machen braucht, um seine Fürsorge betätigt zu haben und umgekehrt. Darnach wird sich also wieder alles nach den konkreten Umständen verschieden gestalten. So ist es z. B. nicht erforderlich, daß der Testator dem kollationspflichtigen Hauskind (§ 5 Nr. XI) Alimente hinterläßt. Denn hier ist die Enterbung an sich schon eine genügende Betätigung des Wohlwollens. Andrerseits wird ein geisteskranker Noterbe in der Regel auf die vollen Einkünfte seines Pflichtteils Anspruch erheben dürfen, da er ja, wenn ihm der Pflichtteil zugewendet worden wäre, bei dem wahrscheinlich normalen Verlauf der Dinge in der gleichen Lage gewesen wäre. Verschwender und Verschuldete werden ungefähr die Mitte halten. Hier wird schon bei Gewährung des notdürftigen Unterhalts das Vorhandensein der bona mens nicht bestritten werden können. Schließlich soll noch darauf hingewiesen werden, daß der Testator auch sonst noch in mannigfacher Art seine gute Absicht zeigen kann, so besonders in der Auswahl der Fiduziarerben, als welche er regelmäßig wohl die Kinder des Enterbten einzusetzen haben wird.

ad II. Die Zulässigkeit der zweiten Maßregel ergibt sich aus l. 25 C. 3, 28, übrigens auch aus der Erwägung, daß es dem Testator gewiß erlaubt sein muß, den Pflichtteil bona mente mit Bedingungen usw. zu beschweren, wenn er ihn bona mente sogar entziehen kann.[4]) Nur einige

S. 649; Sintenis Bd. III S. 609; Entsch. d. OAG. Lübeck (s. § 3 Anm. 2 Ziff. 16); Entsch. d. OAG. Rostock S. 296 (s. § 3 Anm. 2 Ziff. 17); Orth Teil 12 Nr. II.

[4]) Bartolus a Saxoferrato ad l. 25 C. 3, 28 und ad l. 39 D. 28, 2; Baldus ad l. si pater C. 6, 25 und ad l. filiis C. 3, 28; Cynus l. ex tribus und l. quoniam C. 3, 28; Decius cons. 386, 442 n. 26; Tusch tom. V concl. 187 n. 142; Tulden C. 3, 28 n. 6; Paullus de Castro cons. 77; Pancirolus cons. 181 n. 6; Gabrieli lib. VI de legitima concl. 1 n. 20; Gabriel lib. I cons. 184 n. 10, lib. II cons. 90 n. 1, 2; Glossa l. 32 C. 3, 28 verbo tollatur und l. 25 C. 3, 28; F. Arias de Mesa cap. 29; Suarez l. quoniam in pr. in prima limitatione; Vasquius de succ. resol. lib. III, l. pater puellae n. 12, 13 und de succ. creat. progr. lib. I § 10 n. 419; Surdus cons. 570 n. 1—3; Salicetus l. filiis matrem C. 3, 28 und l. quoniam in pr. C. 3, 28; Runde Comm. de usu caut. Soc.; Ruinus vol. IV cons. 87 n. 8, vol. V cons. 23 n. 15; Riminaldus cons. 243 n. 67; Picus repet. ex Dig. inf. super l. in quartam ff. ad l. Falcidiam n. 122, 123; Perez ad C. 3, 28 n. 41; Peregrinus articulus 36 n. 67; Meyrer lib. I tit. 6 n. 12, 13; Merlin lib. III tit. 2 qu. 4; Maretus cap. 14; Mandellus

Rechtslehrer[5]) äußern sich dahin, daß eine ad favorum filii beigesetzte Bedingung zwar nicht gestrichen werde, daß aber der Sohn, wenn er wolle, den Pflichtteil pure verlangen könne, da er auf seinen eigenen Vorteil verzichten könne. Diese Ansicht ist unrichtig. Sie widerspricht der l. 25 und zudem könnte man mit dieser Argumentation das ganze Institut der exheredatio bona mente über den Haufen rennen. Ihr Wesen besteht ja gerade darin, daß etwas zum Vorteil des Noterben angeordnet wird, ohne daß dieser darauf verzichten kann.

Trotzdem es sich bei derartigen Anordnungen um keine Enterbung handelt, werden sie dennoch unter dem Ausdruck exheredatio bona mente mitinbegriffen, weil sie auf ähnlichen Wegen den gleichen Zweck verfolgen. Häufig stehen beide Möglichkeiten wahlweise zur Verfügung. So kann die Gattin eines verschwenderischen Mannes ihre Kinder enterben und ihnen die Erbschaft fideikommissarisch restituieren lassen, sie kann aber ebensogut ihre Kinder unter der Bedingung zu Erben einsetzen, daß sie von ihrem Vater emanzipiert werden.

Dieses Beispiel leitet uns zu der Frage über, welche gravamina es sind, die dem Pflichtteil auferlegt werden können. Darauf läßt sich allgemein nur soviel antworten, daß eine conditio, ein dies oder ein modus beigefügt werden kann und daß die Beifügung ersichtlich dem Noterben von Nutzen sein muß. Welche speziellen Maßnahmen der Testator am besten

---

cons. 7 n. 21, cons. 57 n. 10; Grassus § legitima qu. 38 n. 14—18; Gothofredus ad l. 18 D. 28, 2, l. 12 § 2 D. 38, 2; Fulgosius l. si pater und l. filiis C. 3, 28; Ferratius cautela 35; Durantis tit. 8 caut. 2 n. 4; Cuchus tit. leg. nullum gravamen admittit n. 16, 17, 23 ff.; Crottus repet. super § divi de lega 1 n. 17; Clementinus effectus 16 n. 33; Christinaeus vol. II dec. 170; Cavalcanus lib. II sectio 2 n. 20; Bossius de bonorum publicat. tit. n. 41; Boer dec. 87; J. H. Böhmer tom. II pars I resp. 556 n. 3, resp. 672 n. 9, 10, resp. 673; Berlich dec. aureae dec. 110; Benedictus sectio reliquit n. 32; Barry lib. XVI tit. 10 n. 7; Azo C. 3, 28 col. 6; Pistor obs. 213 n. 6; Alphanus n. 422; Alciatus regula prima praesumtionum praes. 2, ferner resp. 497, 522, 635, 645; Roland a Valle cons. 31 n. 30 lib. I, cons. 98 n. 25 lib. I; Albanus l. quoniam in pr. C. de inoff. test.; F. de Accoltis cons. 19; Stryck us. mod. lib. XXVIII tit. II § 8—11 VI, de caut. test. cap. 17 membrum 3; Struvius exerc. X lib. V tit. II 37, exerc. XXXII lib. XXVIII tit. II 35/23; Lauterbach lib. V tit. II § 40; Schrader pars X sectio 19 n. 231 ff.; Praetis lib. III dub. 6 sol. 2 n. 7 f.; Menoch cons. 57 n. 6 ff.; Brunnemann, Comm. in Cod. l. 25 C. 3, 28; J. E. J. Müller tom. I obs. 227; Mascard vol. III concl. 1236 n. 74—76; Windscheid § 583; A. Schmidt S. 166; J. A. Seuffert Bd. III § 657; Vagelmann cap. 21; Bruges pos. I, III, IV; Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 459, 461; Barth §§ 11, 12, 14, 15, 50; K. Schmidt S. 383; RGZ. Bd. 45 S. 174.

[5]) Baldus ad auth. ex causa C. 6, 28 n. 23: Jason ad l. filiis matrem C. 3, 28 fol. 140, ad l. multi non notae D. de lib. et posth. fol. 147; Beroius Quaestiones familiares qu. 87, consilia cons. 146 n. 11 vol. II.

trifft, läßt sich generell nicht angeben. Jedenfalls ist auch bei dieser Art der exheredatio bona mente mit Rücksicht auf das Erfordernis der bona mens daran festzuhalten, daß der Testator die Beseitigung des onus für den Fall anordnen muß, daß der Grund seiner vorsorglichen Handlungsweise wegfallen sollte, soweit nicht eine solche Bestimmung nach der Natur des betreffenden gravamen unnötig erscheint. Einige Beispiele der am häufigsten vorkommenden onera werden uns das Wesen dieser species der exheredatio bona mente am besten veranschaulichen.

a) Der Testator setzt den Noterben unter der Bedingung der Emanzipation durch seinen Gewalthaber zum Erben ein.[6]) Gegen den Gewalthaber hegt er ein begründetes Mißtrauen.[7])

b) Der Testator verbietet dem unfleißigen, unerfahrenen und leichtsinnigen Noterben die Veräußerung des Pflichtteils bis zur Erreichung des 25. oder 30. Lebensjahres.[8])[9])

c) Der Testator überträgt die Verwaltung des Pflichtteils einem Testamentsvollstrecker und läßt dem wahnsinnigen oder verschwenderischen Noterben die Erträgnisse auszahlen.[10])

d) Der Testator entzieht den Pflichtteil seiner Tochter dem partikularrechtlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrecht ihres verschuldeten oder verschwenderischen Ehemanns.[11])

e) Der Testator bildet aus dem Hinterlassenen ein Familienfideikommiß, weil der Noterbe überschuldet oder verschwenderisch ist.

f) Der Testator belastet den Pflichtteil mit einem Fideikommiß zugunsten der Kinder des Noterben. Der Vorteil liegt in der später zu besprechenden Beschränkung des Zugriffs der Gläubiger.

B. Der Pflichtteilsberechtigte. Welche Wirkung üben die Maß-

---

[6]) l. 25 C. 3, 28.

[7]) Da der Vater zur Emanzipation seines Sohnes nicht gezwungen werden kann, wird ein vorsichtiger Testator gut daran tun, alternativ einen Fiduziarerben zu ernennen.

[8]) Mesa, Vasquius, Tusch, Tulden, Schrader, Ruinus, Picus, Paullus, Menoch, Mandel, Grassus, Gabriel, Ferratius, Durantis, Decius, Cuchus, Crotus, Clementinus, Cavalcanus, Brunnemann, Bossius, Boer, Benedictus, Barry, Alciatus, Roland a Valle, Mascard, K. Schmidt an den in Anm. 4 bezeichneten Stellen.

[9]) Die Veräußerung kann übrigens nicht nur schlechtweg verboten, sondern auch an die Zustimmung gewisser Personen, z. B. der nächsten Verwandten, geknüpft werden (Mandellus cons. 7 n. 21, cons. 57 n. 10). Sollte der Noterbe dem Verbot zuwider versuchen, Erbschaftsgegenstände zu veräußern, so werden solche Rechtsgeschäfte als nichtig anzusehen sein, weil sonst das Verbot viel zu schwach wäre und die Absicht des Testators nicht sicher erreicht würde (Decius cons. 386).

[10]) RGZ. Bd. 45 S. 174.

[11]) Jur. Wochenschr. 1888 S. 188 Nr. 34.

nahmen des Erblassers auf den Pflichtteilsberechtigten? Wie bereits erwähnt, wird dem Noterben durch die Verfügungen des Testators der Pflichtteil endgültig oder zeitweilig entzogen oder mit einem unabwälzbaren onus belastet. Es ist leicht einzusehen, daß diese Anordnungen sich nur auf das dem Erblasser gehörige Vermögen beziehen können. Die exheredatio bona mente ergreift aber auch nur dasjenige Vermögen, worüber der Erblasser frei verfügen kann. So erstreckt sie sich insbesondere nicht auf das Lehen.[12]) Die Erbfolgen in das Lehen und in das Allod sind voneinander unabhängig. Von der Sukzession in das Allodialgut kann durch Enterbung ausgeschlossen werden, beim Lehen aber gibt es überhaupt keine testamentarische Erbfolge, daher keine Enterbung, daher auch keine Enterbung aus guter Absicht. Eine die Nachfolge in das Lehen betreffende Anordnung des Vasallen bleibt wirkungslos.[13]) Die Sukzession erfolgt vielmehr durch den nächsten Agnaten ex beneficio domini. Die Eigenschaft der Agnation geht aber nicht durch Enterbung (hinsichtlich des Allods) verloren.[14])

Die gleiche Erwägung, die für das Lehen maßgebend ist, führt auch zur Verneinung der Frage, ob eine exheredatio bona mente von einem Majorat, einem Familienfideikommiß, einem Stammgut ausschließen könne. Alle diese Sondergüter gehen ex jure singulari et dispositione primi instituentis auf den nächsten Agnaten über, ohne daß ein Testament des letzten Besitzers daran etwas zu ändern vermag.[15]) Die Enterbung aus guter Absicht ergreift weiterhin nicht die sog. lucra nuptialia. Wenn ein Gatte nach dem Tode des andern eine neue Ehe eingeht, so verliert er die lucra nuptialia an seine Kinder erster Ehe und zwar ohne Rücksicht darauf, ob diese Kinder ihn beerben oder nicht. Nur dasjenige Kind, welches sich undankbar gegen seine Eltern gezeigt hat, somit auch das, welches mit Recht mala mente enterbt worden ist, darbt dieses Anspruches.[16]) Aus dem Gesagten ergibt sich, daß bona mente exheredierte Kinder ihren Anteil an den lucra nuptialia behalten. Endlich bleibt die exheredatio bona mente ohne Einfluß auf die Sukzession in die bona libertorum patris.[17])

Zur Sicherung der testamentarischen Verfügungen werden diejenigen Rechtsbehelfe, welche dem Noterben oder dessen Gewalthaber bei der Verletzung des materiellen Pflichtteilsrechts zustehen, im Falle der exheredatio

---

[12]) Zasius: in usus feudorum epitome pars VIII n. 9; Schrader pars VII cap. 2 n. 36; Rosentall cap. 7 concl. 10; Bruges pos. II; Barth § 49; Kessel cap. 9; Schröder S. 425 Anm. 81; Stryck exam. jur. feud. cap. 14 qu. 8.

[13]) I feud. 8.

[14]) Irrig Leyser tom. V spec. 358 und K. Schmidt S. 385.

[15]) Garsia cap. 16 n. 27; Barry lib. X tit. 2 n. 2, 24; Knipschild cap. 8 n. 16—18; Barth § 49; Kessel cap. 9; K. Schmidt S. 386.

[16]) Nov. 22 cap. 26. [17]) l. 12 § 2 l. 47 D. 38, 2; Kessel cap. 9.

bona mente nicht gewährt. Insbesondere wird die querela inofficiosi versagt.[18]) Denn diese Klage hat zur Voraussetzung, daß der Testator lieblos an seinem Noterben gehandelt hat, kann daher bei einer exheredatio bona mente, welche aus Liebe erfolgt, keine Anwendung finden. Ebensowenig gewährt der Prätor die bonorm possessio in den Fällen, in denen sie sonst agnosziert werden kann.[19]) Wenn freilich die exheredatio bona mente an einem wesentlichen Fehler leidet, liegt die Sache anders. So wird die bonorum possessio contra tabulas keineswegs versagt, wenn vor Justinian ein Deszendent präteriert oder non rite exherediert wird, was einer Übergehung gleichgeachtet ist. So ist ferner die querela inofficiosi durchaus von Erfolg, wenn die Enterbung materiell nicht gerechtfertigt erscheint, z B. weil es an einem hinreichenden Grunde fehlt oder weil das Vorhandensein des Grundes nicht nachgewiesen werden kann. Sind die testamentarischen Anordnungen lediglich insofern unvollständig, als die erforderlichen Alimente nicht ausgesetzt sind oder ihre Höhe nicht festgesetzt ist, so erscheint das im Hinblick auf den zu begünstigenden Zweck der ganzen Verfügung nicht als genügende Veranlassung, eine Vernichtung des Testaments zuzulassen, es wird vielmehr gewöhnlich angenommen, daß in solchen Fällen dem Enterbten nur eine Klage auf Alimentierung zu gewähren sei und das Gericht die Höhe der Reichnisse zu bestimmen habe.[20]) Hat der Testator es pflichtwidrig unterlassen, die Restitution des Pflichtteils für den Zeitpunkt anzuordnen, in dem der Enterbungsgrund weggefallen sein sollte, so ist auch hier die Querel für statthaft zu erachten, freilich erst von dem Augenblick an, der die Beseitigung der causa exheredationis tatsächlich gebracht hat.[21]) Wenn die Enterbung in gehöriger Weise nur ad tempus vorgenommen worden ist, so kann der Noterbe, vorausgesetzt daß der kritische Moment eingetreten ist, von dem Fiduziar die Herausgabe der Erbschaft bezw. des Pflichtteils verlangen. Er kann sich dazu insbesondere der hereditatis petitio, des interdictum quorum bonorum und der familiae herciscundae actio bedienen.[22])

C. Dritte Personen. Welche Bedeutung hat die exheredatio bona mente für dritte Personen? Durch die Enterbung in guter Absicht wird in erster Linie der eingesetzte Erbe berührt. Ihn trifft die Beweislast, wenn der Noterbe behauptet, zu Unrecht exherediert zu sein.[23]) Das ergibt sich

---

[18]) l. 25 C. 3, 28. [19]) l. 16 D. 37, 4; l. 25 C. 3, 28.

[20]) Kessel cap. 12; Adlerflycht § 300; Orth, Rechtshändel Teil XII Nr. 2.

[21]) Poll cap. 67 n. 9; Schlemm cap. 34.

[22]) Barth § 46; l. 1 ff. D. 5, 6; l. 1 § 2 D. 36, 1; l. 28 § 7 D. 36, 1.

[23]) Dieser Satz ist freilich nicht unbestritten geblieben: Allerdings werde in Nov. 115 cap. 3, 4 der Beweis der Enterbungsgründe dem Erben aufgebürdet. Allein

aus allgemein-rechtlichen Gesichtspunkten und aus analoger Verwertung der älteren Rechtsvorschriften sowie der Nov. 115. Diese Analogie ist durchaus zulässig, weil die betreffenden Normen aus einem allgemeinen Grundgedanken geflossen sind, dessen Tragweite sich auf beide Enterbungsarten erstreckt. Nachdem jahrhundertelang die uneingeschränkteste Testierfreiheit geherrscht hatte, entschloß sich das Zentumviralgericht, prinzipiell alle Testamente als lieblos der Anfechtung preiszugeben, in denen der Testator seine nächsten Angehörigen nicht mit einem gewissen Teil der Erbschaft bedacht hatte. Diese Praxis wurde nunmehr die Regel. Wollte der Erbe geltend machen, es könne ausnahmsweise in seinem konkreten Fall von keiner Lieblosigkeit die Rede sein, so wich er von der Regel ab und mußte natürlich den Beweis für seine Behauptung übernehmen. Dazu kommt, daß das Pflichtteilsrecht ein dem Noterben grundsätzlich unentziehbares, mit vielen Kautelen umgebenes Recht ist, zu dessen Beseitigung das unerwiesene Urteil des Erblassers über Person und Verhältnisse des Noterben unmöglich genügen kann. „Wenn die Gesetze, während sie bei der Enterbung wegen Unwürdigkeit dies ausdrücklich aussprechen, bei der Enterbung in guter Absicht darüber schweigen, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß hier das Gegenteil gelte."[24][25])

Schließlich ist noch eine weitere Erwägung von Bedeutung. Es wurde von jeher in der Litteratur gern die Frage behandelt, ob bei einer Enterbung im Zweifel zu vermuten sei, daß sie bona mente oder daß sie mala mente geschehen sei.[26]) Wenn wir nun auch der Ansicht sind, daß

---

diese Novelle finde auf die exheredatio bona mente keine Anwendung. Die Beweisfrage sei vielmehr aus dem älteren Recht heraus zu entscheiden. Dieses aber habe stets die Beweislast dem Kläger auferlegt und dazu komme noch, daß bei der exheredatio bona mente die Rechtsvermutung gegen den Enterbten streite, wodurch die Beweislast auf ihn gewälzt werde (Schulte cap. 18). Nun ist wohl nicht zu bezweifeln, daß die Vorschriften der Novelle 115 auf die exheredatio bona mente sich nicht beziehen, aber daß vor Justinian der Enterbte immer beweispflichtig gewesen sei, ist unrichtig. Die Worte des Marcellus: immerentem se et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum (l. 3, l. 5 D. 5, 2) gelten nur für den mala mente Exheredierten und auch hier nur, wenn die Gründe der Undankbarkeit nicht angeführt waren. Waren sie vom Testator angeführt, so traf schon vor Justinian den Erben die Beweislast (l. 22, l. 28 C. 3, 28, l. 30 pr., l. 34 C. h. t., l. 10 C. 5, 9, Nov. 92 cap. 1 § 1). Daß ferner die Vermutung gegen den Enterbten streite, ist eine in nichts begründete Behauptung. [24]) Seuff. Arch. Bd. XXXVIII Nr. 327.

[25]) Im vorgetragenen Sinne auch Holzschuher Bd. II S. 878; Kessel cap. 5; Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 463; Tewes S. 486; Wening-Ingenheim Bd. III § 492; Schröder S. 354; Koeppen S. 649; Valett § 67; K. Schmidt S. 386.

[26]) Einige Schriftsteller haben sich für die erste Alternative entschieden, weil man mit Rücksicht auf die große Liebe des Vaters zu seinen Kindern immer davon ausgehen müsse, daß der Vater seine Anordnungen zum Besten seiner Kinder getroffen

eine formelle praesumtio juris zugunsten der exheredatio mala mente nicht besteht, weil die Quellen eine entsprechende Vorschrift nicht enthalten, so betrachten wir es doch als unbestreitbar, daß in einem zweifelhaften Falle von Enterbung die weitaus größere Wahrscheinlichkeit dahin geht, daß der Erblasser eine exheredatio mala mente beabsichtigt hat. Denn diese ist im Vergleich zu der einen singulären Charakter tragenden exheredatio bona mente das reguläre. Wenn nun der Enterbte behauptet: Meine Enterbung läßt sich als bona mente geschehen nicht rechtfertigen, der Testator scheint mich vielmehr zur Strafe haben enterben wollen, hierzu liegt aber kein hinreichender Grund vor, wenn der Enterbte in dieser Weise das Testament angreift und die Sachlage nicht von vornherein klar ist, so hat er die Wahrscheinlichkeit auf seiner Seite und es ist billig als Sache des Erben anzusehen diese Wahrscheinlichkeit durch Beweise zu entkräften. Vielfach werden übrigens die Verhältnisse einen eigentlichen Beweis unnötig machen oder doch sehr erleichtern, so z. B. wenn der Enterbte unmündig, oder wegen Geisteskrankheit entmündigt ist.

Außer der Beweislast treffen den ad tempus instituierten Erben noch folgende weitere Verpflichtungen:

1. Er muß über die ihm hinterlassene Erbschaft ein Inventar errichten und zwar wird ihm dies nicht einmal von dem Testator nachgelassen werden dürfen, weil sonst die zu restituierende legitima cum damno filii gravata erschiene.[27])

2. Er muß genügende Kaution bestellen, da die Leistungsverbindlichkeit nicht sofort mit dem Tode des Erblassers entsteht, sondern von dem Eintritt einer Zeit oder einer Bedingung abhängt.[28])

3. Er muß die Erbschaft restituieren, wenn der Grund der Enterbung weggefallen ist, und darf sie sogar nicht behalten, wenn der wegen Unmündigkeit Exheredierte vor Erreichung der Mündigkeit stirbt, sondern muß sie in diesem Fall an dessen Erben herausgeben.[29])

---

habe. Andere haben sich dahin ausgesprochen, daß man unterscheiden müsse, ob dem Enterbten ein Legat oder Fideikommiß hinterlassen sei oder nicht. Die meisten Schriftsteller vertreten die Ansicht, daß eine Enterbung immer als zur Strafe erfolgt vermutet werden müsse. Denn eine Enterbung geschehe regelmäßig mit dem Vorsatz, den Noterben gänzlich von der Verlassenschaft auszuschließen, um seine Undankbarkeit zu bestrafen, und könne darum nicht als aus guter Absicht angeordnet vermutet werden, wenn dies nicht klar und deutlich zum Ausdruck gebracht werde. Der Umstand, daß ein Vermächtnis hinterlassen sei, könne hieran gar nichts ändern, weil auch bei einer Enterbung zur Strafe nicht selten ein Legat ausgesetzt werde.

[27]) Barth § 47; K. Schmidt S. 388.

[28]) l. 1 pr., l. 14 pr., l. 15 pr. D. 36, 3, l. 1 §§ 1, 6, 7, 8, 12, 19, l. 15 § 1 D. h. t., 5 § 29 D. 36, 4; Mühlenbruch Pand. § 730. [29]) l. 46 D. 36, 1.

4. Er muß cum omnibus fructibus restituieren.[30])

5. Er darf die quarta Trebelliana nicht abziehen. Das ergibt sich schon aus der ganzen Stellung des Fiduziars, der nichts weiter sein soll als eine Art von Kurator des bona mente Enterbten, weiter aber auch aus l. 3 § 3 D. 22, 1. Einmal ist hier keine Rede davon, daß die Quart zurückbehalten werden dürfe, obschon eine derartige Bemerkung sehr wohl am Platze gewesen wäre. Dann aber wird mit Rücksicht auf die bona mens die Restitution der gezogenen Früchte befohlen, und wenn schon die Früchte herauszugeben sind, um wieviel eher sind wir zu der Annahme berechtigt, daß die quarta Trebelliana nicht abgezogen werden durfte! Schließlich aber und hauptsächlich ersehen wir aus dieser Stelle, daß der Fiduziar ein Grundstück als Prälegat bekommen hatte, das er behalten durfte und das er wohl als Vergütung für seine Verwaltungstätigkeit nicht zurückzugeben brauchte. War ihm der Abzug der Quart gestattet, so war ein derartiges Prälegat nicht erforderlich. Weil es aber augenscheinlich erforderlich war, so dürfen wir daraus entnehmen, daß der Fiduziar die Quart nicht zurückbehalten durfte.[31])

Außer dem Erben sind es die Gläubiger des Enterbten, welche durch die exheredatio bona mente in Mitleidenschaft gezogen werden. Wenn dem Noterben der Pflichtteil genommen wird, so sind seine Gläubiger vom Zugriff auf die Substanz des Pflichtteils so lange ausgeschlossen, als die Entziehung dauert. Erst nach der Erbschaftsrestitution steht ihnen der Zugriff frei. Gegen diese Benachteiligung schützt sie kein Rechtsmittel. Eine Anfechtungsklage nach D. 42, 8 könnte nur beim Vorliegen einer alienatio in fraudem creditorum gegeben werden. Davon ist aber keine Rede. Nicht der Schuldner nimmt eine alienatio vor, sondern der Erblasser, der mit seinem Vermögen nach Belieben schalten kann und den Gläubigern seines Noterben nichts schuldig ist. Die Anfechtung würde sogar nicht statthaben, wenn der Schuldner die ihm angefallene Erbschaft ausschlagen würde.[32]) Nun kommt er aber gar nicht in die Lage ausschlagen zu können, sondern hat nicht einmal selbst ein Anfechtungsrecht, wieviel weniger können es seine Gläubiger haben! Daß diese auf die querela inofficiosi keinen Anspruch erheben dürfen, da nur dem Noterben die Querel zusteht, verdient kaum besonders bemerkt zu werden.

---

[30]) l. 3 § 3 D. 22, 1; Baldus l. multi D. de lib. et posth.; Struvius exerc. XXXII lib. XXVIII tit. II 35/26; Kessel cap. 12.

[31]) Duarenus D. 28, 3 cap. 3 pag. 209; Struvius exerc. XXXII lib. XXVIII tit. II 35/25; Kessel cap. 12; Lincks cap. 18; a. A. Unterholzner § 1/1 S. 52. Vermittelnd Barth § 48 und nach ihm K. Schmidt S. 388.

[32]) l. 6 pr. § 2 D. 42, 8.

Wird dem Noterben sein Pflichtteil unter Beschränkungen belassen, so ist zu unterscheiden. In den zu A ad II unter b, c, e, f [33]) aufgeführten Beispielen können die Gläubiger die Substanz des Hinterlassenen nicht in Anspruch nehmen, dagegen können sie es in den unter a und d genannten Fällen.

Ob die Gläubiger sich an die Nutzungen des Pflichtteils und an die dem Enterbten ausgesetzten Alimente halten können, richtet sich darnach, ob der Noterbe bereits bonis zediert hat oder nicht. Im letzteren Fall steht der Pfändung der Nutzungen bzw. der Alimente nichts im Weg. Im ersten Fall dagegen wird eine Beschlagnahme zu unterbleiben haben, insoweit der Lebensunterhalt des Exheredierten zu decken ist.[34])

Was schließlich die Gläubiger des instituierten Fiduziarerben anlangt, so steht ihnen nur das restitutionsfreie Vermögen ihres Schuldners zur Verfügung, während ihnen der zu restituierende Nachlaß entzogen ist.[35]) Das gilt sowohl für die Substanz wie für die Früchte, da diese ja zu admassieren und mit zu restituieren sind.

II. Abschnitt.

Die Partikularrechte.

§ 8. Die deutschen Territorialrechte.

I. Preußen.

I. Existenz der exheredatio bona mente.

Das Corpus juris Fridericianum von 1751 übernahm die exheredatio bona mente aus dem gemeinen Rechte nicht, sondern bestimmte:[1]) Im übrigen wollen wir die subtile und in den römischen Rechten gegründete Exhaeredationem quae bona mente fit, hierdurch gäntzlich aufheben. Das allgemeine Landrecht von 1791 führte das Rechtsinstitut wieder ein.[2])

II. Geltungsbereich.

1. Das Landrecht kennt ein Pflichtteilsrecht der Deszendenten, Aszendenten und Ehegatten, nicht aber der Geschwister. Somit können im Gegensatz zum gemeinen Recht Geschwister als Objekt der exheredatio bona mente nicht in Betracht kommen. Aber auch Ehegatten, trotzdem sie pflichtteilsberechtigt sind, können nicht bona mente enterbt werden.[3])

[33]) LG. Wolfenbüttel vom 26. November 1835 und OAG. Wolfenbüttel vom 8. Dezember 1836 bei Matthiae Bd. II S. 193.

[34]) l. 6 D. 42, 3; Leyser tom. V spec. 358; Glück-Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 450; K. Schmidt S. 390; a. A. Pufendorf tom. I obs. 192.

[35]) K. Schmidt S. 388.

[1]) P. II L. VII t. V § 22.

[2]) Teil II Titel 2 §§ 419—431, 515.

[3]) Förster § 248; Koch § 50; a. A. K. Schmidt S. 394.

Vorschriften, welche eine Enterbung der Ehegatten aus guter Absicht direkt regelten, gibt es nicht. Es könnte nur eine analoge Anwendbarkeit der §§ 419 ff. in Frage kommen. Aber nachdem in § 632 Teil II tit. I gesagt ist, daß der Pflichtteil des Ehegatten nur wegen solcher Verschuldungen geschmälert oder entzogen werden kann, die zur Erhebung der Scheidungsklage berechtigen, fährt § 633 fort, daß im übrigen die Bestimmungen des folgenden Titels auf diesen Pflichtteil zur Anwendung gelangen, d. h. also in allen Fragen, welche nicht die Schmälerung oder Entziehung betreffen. Damit ist die analoge Anwendbarkeit der §§ 419 ff. ausgeschlossen. Auch der Umstand, daß bei den Aszendenten in § 515 ausdrücklich auf die §§ 419 ff. verwiesen wird, bei den Ehegatten aber nicht, spricht für unsere Meinung. Die Enterbung aus guter Absicht richtet sich daher nur gegen Deszendenten[4]) und Aszendenten.[5])

2. Das Landrecht kennt bei der eigentlichen exheredatio bona mente drei Enterbungsgründe:[6])

a) Überschuldung.

b) Verschwendungssucht.

c) Wahn- oder Blödsinn.

Diese Aufzählung im Zusammenhalt mit den Worten „ferner" und „endlich" läßt erkennen, daß das Landrecht anders wie das römische Recht eine analoge Ausdehnung der exheredatio bona mente auf ähnliche Fälle nicht zuläßt. Was den anormalen Fall des § 430 betrifft, auf den alsbald näher eingegangen wird, so wird hierfür eine besondere Lage des Noterben nicht erfordert.

3. Auch im Landrecht ist an der bona mens des Testators als an einem unbedingten Erfordernis festzuhalten. Denn es ist nicht anzunehmen, daß das preußische Recht an dem Begriff der exheredatio bona mente, wie er sich im gemeinen Recht gebildet hatte, in diesem Punkte etwas ändern wollte. Auch spricht § 515 ausdrücklich von einer „Enterbung aus guter Absicht". Trotzdem besteht ein tiefgreifender Unterschied zwischen römischem und allgemeinem Landrecht. Zwar muß auch regelmäßig bei letzterem der Testator das Wohl des Noterben selbst im Auge haben.[7]) Aber das gilt nur dann ausnahmslos, wenn der Erblasser sich auf die Hinterlassung des Pflichtteils beschränkt hat. Hat er dagegen den ganzen Erbteil gewährt, so darf er die Verfügungsfreiheit des Noterben nicht zu seinem eigenen, sondern zu seiner Kinder Besten einschränken, indem er bestimmt, daß der Erbteil für die Kinder erhalten werden soll,[8]) er kann also in einer dem bisherigen Recht ganz fremden Weise ohne Rücksicht auf

---

[4]) § 419. [5]) § 515. [6]) §§ 419, 420, 421.

[7]) Entsch. d. Obertrib. vom 27. Juni 1856 Bd. 33 S. 95. [8]) § 430.

den Nutzen seines Kindes seine Maßnahmen lediglich zum Vorteil seiner Enkel treffen.

III. Form.

Nach römischem Recht ist die exheredatio bona mente in einem Testament vorzunehmen. Das Landrecht verlangt nur die Form eines wirklichen Testaments.[9] Demnach ist auch ein in Form eines Testaments vorgenommenes Rechtsgeschäft genügend, das keine Erbeinsetzung einschließt. Insbesondere kann die exheredatio bona mente in einem Erbvertrag ausgesprochen werden, den Ehegatten in der Form eines Testamentes miteinander abgeschlossen haben.[10]

Wird die gesetzliche Form nicht gewahrt, so ist diejenige Verfügung, welche die exheredatio bona mente enthält, nichtig, sodaß der Erbe die freie Disposition über seinen Pflichtteil beanspruchen kann.[9] Doch sind dem Landrecht besondere Solennitäten der Exheredation, wie sie das römische Recht kennt, fremd. Nur wird gefordert, daß der Grund der Enterbung ausdrücklich angegeben werde. Das gilt indes nicht, für eine in Gemäßheit des § 430 getroffene Anordnung.

IV. Inhalt.

Der Testator kann in keinem Fall den Pflichtteil gänzlich entziehen. Er muß ihn vielmehr immer unversehrt hinterlassen und darf nur die Verfügungsfreiheit des Noterben einengende Bestimmungen treffen.

a) Er kann seinem Kinde den vollen Erbteil hinterlassen aber dabei verfügen, daß er für die Enkel erhalten werden soll. „Es unterliegt dabei keinem Zweifel, daß der Erblasser nicht bloß einige, sondern alle Enkel dem Sohne substituieren muß, da der Zweck des Gesetzes eben der ist, das großväterliche Vermögen den Enkeln zu erhalten und zu gunsten derselben die freie Disposition des Sohnes zu beschränken. Hat also der Erblasser bestimmt, daß das dem Sohn hinterlassene Vermögen für einige Kinder desselben erhalten werden soll, so wird ihm die Befugnis, statt seines Erbteils den Pflichteil und die freie Disposition über letzteren zu fordern, nicht abgesprochen werden können.“[11]

b) Er kann seinem Kinde lediglich den Pflichtteil zuwenden[12] und dabei folgende Einschränkungen hinzufügen:

aa) er kann die Verfügung unter Lebenden gänzlich untersagen[13]

---

9) § 431. 10) Gruchot Bd. III S. 178 ff.

11) Bornemann Bd. VI S. 195 ff.

12) Die Verfügung verliert übrigens nicht den Charakter einer exheredatio bona mente, wenn mehr als der Pflichtteil hinterlassen wird.

13) § 423.

und die Substanz dem Zugriff der gegenwärtigen und künftigen Gläubiger des Kindes entziehen.[14]) Den Nießbrauch des Pflichtteils muß er ihm belassen.[15])

bb) er kann zwar das Kind in der Verfügung über seinen Pflichtteil von Todeswegen prinzipiell nicht einschränken, doch gestattet das Gesetz hiervon zwei Ausnahmen,[16]) nämlich zugunsten der Abkömmlinge des Kindes oder, wenn solche fehlen sollten, zugunsten seiner Geschwister und Geschwisterkinder. Diese Personen können dem Noterben auch im Pflichtteil substituiert werden.

Durch die vorbezeichneten Maßnahmen wird der Noterbe unabänderlich beschränkt. So kann er insbesondere nicht den Erbteil ausschlagen und statt dessen den Pflichtteil wählen, wenn der Testator von der Vergünstigung des § 430 Gebrauch gemacht hat, er kann ferner (immer entsprechende Anordnungen vorausgesetzt) zu seinem Pflichtteil gehörige Gegenstände weder veräußern noch belasten und es ist ihm auch verwehrt, soferne er Kinder, Geschwister oder Geschwisterkinder hat, seinen Pflichtteil anderen Personen als diesen zu hinterlassen. Durch all diese Bestimmungen wird die von dem Erblasser gefürchtete Dilapidation des Vermögens wirksam verhütet und doch zugleich immer das positive Wohl des Noterben im Auge behalten, indem ihm die Nutzung seines Pflicht- bzw. Erbteils stets verbleibt.

Außer dem Noterben sind es der Testamentserbe, die Gläubiger des Enterbten und der Erbschaftsrichter, welche durch eine exheredatio bona mente in Mitleidenschaft gezogen werden.

Den Erben trifft im Streitfall die Beweislast. Zwar enthält das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung, aber die gleichen Erwägungen, von denen wir im römischen Recht ausgegangen sind, führen uns dazu, auch hier dem Erben die Beweispflicht aufzubürden.[17])

Was die Gläubiger anlangt, so kann ihnen durch den Erblasser verwehrt werden die Zwangsvollstreckung auf die Substanz des Erbteils zu richten.[14]) Doch steht es ihnen frei sich an den dem Noterben verbleibenden Pflichtteilsnießbrauch zu halten, soweit er nicht zum notdürftigen Unterhalt ihres Schuldners erfordert wird.[18]) In Theorie und Praxis hat sich die Frage erhoben, ob der Testator berechtigt sei, die Gläubiger des bona mente enterbten Kindes von dem Nießbrauch des hinterlassenen Pflichtteils und, wenn der ganze Erbteil gewährt sei, von den Revenüen

---

[14]) § 424. [15]) § 425. [16]) §§ 426, 427.

[17]) Gruchot Bd. III S. 184; K. Schmidt S. 394; Korsch S. 230; Koch § 50; Schultzenstein § 46; a. A. Entsch. d. Obertrib. Bd. 33 S. 95.

[18]) § 429.

des ganzen Erbteils vollständig auszuschließen. Die Frage wurde von dem Obertribunal zu Berlin[19]) und von Hinschius[20]) bejaht.[21])

Wir können dieser Ansicht nicht beitreten. Der Testator hat durchaus nicht die Macht, den Gläubigern den Zugriff auf ein Vermögen zu entziehen, welches er dem Bedachten ohne jede Einschränkung zuwendet. Nur wenn er bestimmt, daß der Honorierte selbst in der Verfügung über das ihm Hinterlassene beschränkt sein solle, kann er zugleich dessen Gläubiger davon ausschließen. Zwar bestimmt das allgemeine Landrecht,[22]) nicht nur durch Natur oder Gesetz, sondern auch durch rechtliche Privatverfügungen könnten Sachen dem Verkehr entzogen werden und dergleichen Privatverfügungen bänden einen jeden, welchen der Verfügende zu verpflichten berechtigt gewesen sei. Somit kann der Testator die hinterlassenen Sachen der Zwangsvollstreckung seitens der Gläubiger des Bedachten in gewissen Fällen entziehen. Aber die betreffenden Sachen müssen dem Verkehr entzogen sein und „das Landrecht verbindet mit dem Begriff einer dem Verkehr entzogenen Sache das Bestehen eines Zustands, welcher durch die Natur oder durch Gesetz oder Privatwille hervorgerufen, also physisch oder rechtlich, eine Verfügung über die Sache unmöglich macht, und deshalb bestimmt § 14 a. a. O., daß soweit eine Sache dem Privatverkehr entzogen ist, sie kein Gegenstand einer Willenserklärung sein kann."[23]) Damit ist ausgesprochen, daß der Erblasser dem Bedachten die Verfügungsfreiheit über das Hinterlassene entziehen oder beschränken muß, wenn er die Gläubiger von dem Zugriff gültig ausschließen will.

Das gleiche Ergebnis gewinnen wir aus § 424. „Wie § 419 ausdrücklich ausspricht, besteht das Wesen der Enterbung aus guter Absicht darin, daß der Berechtigte in seinem Verfügungsrecht eingeschränkt wird, und deshalb setzt das Gesetz auch bei der Vorschrift des § 424 voraus, daß eine solche Beschränkung auf Seite des instituierten Erben eingetreten ist, und entzieht in der weitern Konsequenz dieser Einschränkung den Gläubigern des Erben das Recht die Substanz des Pflichtteils zum Gegenstand ihrer Befriedigung zu machen. Daß die Vorschrift so zu verstehen ist, ergibt sich klar aus den §§ 425 und 429 a. a. O. Hier ist verordnet, daß der Nießbrauch des Pflichtteils dem Kinde nicht entzogen werden darf

---

19) Entsch. d. Obertrib. v. 13. September 1862 Bd. 48 S. 236.

20) Hinschius S. 317.

21) Die §§ 425, 429 enthielten keine hier einschlägige Bestimmung. Demnach könnte die Frage ruhig bejaht werden, ohne daß hierdurch das Gesetz verletzt werde. Auch sei derjenige, welcher jemandem mehr als wozu er verpflichtet sei, hinterlasse, zu verordnen befugt, daß die Gläubiger des Bedachten davon ausgeschlossen sein sollten.

22) Allg. LR. I 4 §§ 15, 16.

23) RGZ. Bd. I S. 175.

und folgeweise das Recht der Gläubiger des Kindes den Nießbrauch in Anspruch zu nehmen — vorbehaltlich einer dem Kinde zu bewilligenden Kompetenz — ausdrücklich nachgelassen.[24] [25]

Der Richter hat die angeordneten Beschränkungen auf die unbeweglichen Güter eintragen und öffentlich bekannt machen zu lassen, damit künftige Gläubiger des Enterbten sich über die Sachlage im Klaren befinden; auch soll er nach Befinden der Umstände dem Kinde einen Kurator bestellen.[26]

II. Österreich.

Das österreichische Recht[27] hat zwar die exheredatio bona mente nicht aufgegeben, sie aber auch keineswegs unverändert übernommen. Was zunächst die Personen anlangt, welche als Objekt der exheredatio in Betracht kommen, so können, da das Gesetz ganz allgemein von Noterben spricht, nicht nur Deszendenten, sondern auch Aszendenten aus guter Absicht enterbt werden.[28] Als zureichende Gründe der Enterbung nennt das Gesetz Verschuldung und Verschwendung. Nichts berechtigt zu der Annahme, daß eine analoge Ausdehnung auf ähnliche Fälle für statthaft zu erachten sei.[29]

Was das Erfordernis der guten Absicht betrifft, so ist im österreichischen Recht nicht die Rücksicht auf das Wohl des Noterben, sondern auf den Vorteil der Kinder des Noterben maßgebend. Der Erblasser darf die Enterbung vornehmen, um den Kindern des Enterbten den Pflichtteil zu erhalten, der ihnen infolge der Prodigalität oder der Überschuldung des Exheredierten zu entgehen droht. Aber es ist klar, daß er damit regelmäßig zugleich das wahre Wohl des Noterben selbst fördert, so daß die Rechtslage sich hier praktisch nicht wesentlich von der des gemeinen Rechts unterscheidet. Immerhin bewirkt diese Eigentümlichkeit des österreichischen Rechts, daß der Noterbe nur dann exherediert werden kann, wenn er Kinder hinterläßt.[30] Unter dem Ausdruck Kinder sind natürlich Enkel und Urenkel mitinbegriffen, aber ferner auch Wahlkinder, was aus den §§ 755 und 763 BGB. geschlossen werden darf.[31] Die Kinder müssen zur Zeit

---

[24] RGZ. Bd. I S. 175.

[25] Gruchot Bd. III S. 178 ff.; Koch § 50; Förster § 248; K. Schmidt S. 395; Eccius § 248; Bornemann Bd. VI S. 195 ff.

[26] § 428. [27] BGB. § 773.

[28] §§ 762, 763, 764 BGB.; Unger § 84; Zeiller zu § 773; Stubenrauch zu § 773. Dagegen mit unzureichenden Gründen Winiwarter Bd. III S. 347, 348.

[29] Unger § 84; Zeiller zu § 773.

[30] § 773: „jedoch nur dergestalt“.

[31] Stubenrauch zu § 773; K. Schmidt S. 402.

des Todes des Erblassers vorhanden sein.[32]) Später erzeugte Kinder bleiben unberücksichtigt, andrerseits brauchen die Kinder zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht am Leben zu sein, es genügt, wenn sie empfangen sind. Hinsichtlich der Formalien der Enterbung gilt nichts besonderes, es ist nur hervorzuheben, daß der Grund nicht ausdrücklich angeführt werden muß.[33])

Sind die Voraussetzungen erfüllt, so darf der Erblasser dem Noterben seinen Pflichtteil gänzlich entziehen. Er darf ihn aber nicht beliebig fremden Personen zuwenden, sondern muß ihn den Kindern des Enterbten zuteil werden lassen. Und zwar allen Kindern ohne Ausnahme und allen zu gleichen Teilen. Denn die Absicht des Gesetzes ist, allen Kindern den Pflichtteil in dem Umfang zu erhalten, in dem sie ihn erlangt hätten, wenn der Testator seinen Noterben überlebt hätte. Wird ein Aszendent bona mente enterbt, so sind es die Geschwister des Erblassers denen das Vermögen zufließt. In allen Fällen ist für den Lebensunterhalt des enterbten Pflichtteilsberechtigten durch Aussetzung von Alimenten Sorge zu tragen.[34]) Im Streitfall trifft den Erben die Beweislast.[35]) Etwaige Gläubiger des Exheredierten können gegen die getroffenen Maßnahmen nichts einwenden, ebensowenig der Enterbte selbst. Anders liegt die Sache, wenn die Exheredation aus irgendeinem Grund an einem Fehler leidet. Hier sind die Folgen je nach der Art des Mangels verschieden. So kann beispielsweise der Noterbe seinen vollen Pflichtteil fordern,[36]) wenn er zur Zeit des Todes des Erblassers Abkömmlinge nicht besitzt, oder wenn sein Pflichtteil nicht diesen, sondern Fremden hinterlassen ist oder wenn es an einem zureichenden Grunde der Enterbung fehlt bzw. das Vorhandensein dieses Grundes von dem Testamentserben nicht nachgewiesen werden kann, oder schließlich wenn der Pflichtteil nicht allen Kindern, sondern nur einem einzigen oder einigen zugewendet ist. Wenn aber der Pflichtteil zwar allen Kindern aber zu ungleichen Teilen hinterlassen ist, dann ist nur die Teilungsvorschrift für unwirksam zu erachten; wenn ferner der Testator es lediglich unterlassen hat, für den Lebensunterhalt des Enterbten zu sorgen, so bleibt das auf die Gültigkeit der ganzen Verfügung ohne Einfluß, dem Noterben

---

[32]) Dieser Moment ist der entscheidende, da mit dem Tode des Testators die Erbfolge eröffnet wird, von welcher der Noterbe zum Besten seiner Kinder ausgeschlossen werden soll, die sofort an seiner Stelle den Pflichtteil erhalten (Unger § 84).

[33]) Ergibt sich aus § 771. Unger § 84; Stubenrauch § 773.

[34]) § 795; a. A. Unger § 84 mit Rücksicht auf die allgemeine Unterhaltspflicht der Kinder des Enterbten.

[35]) Vgl. § 771; Stubenrauch zu § 773; Zeiller zu § 773.

[36]) § 775 BGB.

wird lediglich die Geltendmachung seines Alimentationsanspruchs gegen den Nachlaß zuzubilligen sein.[37])

III. Bayern.

Der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756 bestimmt:[38]) „Die sogenannte exheredatio bona mente facta aber wird 13. umso mehr hiermit aufgehoben, als die Eltern ihren Kindern auf andere Art vorzusehen wohl imstande sind, mithin dieser römischen Subtilität nicht mehr vonnöten haben."

Aber in seinen Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum civilem erläutert Kreittmayr zu § 15 Nr. 6, wie der Pflichtteil frei von allem onere et gravamine hinterlassen werden müsse, und fährt dann fort: „Es seye dann, daß solche bona mente und dem Noterben mehr zum Besten als zum Schaden geschehen, dann das kan kein Gravamen mehr heißen." Wir ersehen daraus, daß das bayrische Recht zwar den Hauptfall der römischen Enterbung aus guter Absicht abgeschafft hat, aber die bloße Beschwerung des Pflichtteils bona mente aufrecht erhalten wissen will.

IV. Sachsen.

Im kursächsischen Recht wurde die exheredatio bona mente in der gemeinrechtlichen Gestalt rezipiert, aber später starken Modifikationen unterworfen. So bestimmte die Anno 1746 unter Friedrich August II publizierte decisio XXV, um die Gläubiger des Enterbten vor Nachteil zu bewahren: Es solle jede gutgemeinte Enterbung in Ansehung des Pflichtteils unwirksam sein, wenn der Noterbe zur Zeit der Testamentserrichtung bereits insolvent gewesen sei. Wenn der Testator es unterlassen habe, im Testament seiner guten Absicht ausdrücklich Erwähnung zu tun, so sollten die Gläubiger sogar berechtigt sein, das ganze Testament als ungültig anzugreifen.[39])

Das neuere Recht des Königreichs Sachsen hat das Institut ebenfalls beibehalten aber noch weiter eingeschränkt.[40]) Wir heben kurz die Abweichungen vom römischen Rechte hervor. Es sind nur Abkömmlinge, welche bona mente enterbt werden können. Die Zulässigkeit der Exheredation ist auf den Fall der Verschuldung oder Prodigalität beschränkt, analoge Erweiterungen sind unstatthaft. Was die möglichen Maßnahmen betrifft, so ist eine gänzliche Entziehung des Pflichtteils nicht erlaubt. Er

---

[37]) § 795 BGB.; Stubenrauch zu § 795.

[38]) Teil III Kap. III § 16; vgl. Kreittmayr Anmerkungen zu Teil III Kap. III § 16 Nr. 13.

[39]) Hommel vol. V obs. 652; Curtius Teil II Abt. II § 710; Haubold § 341 a, 376 b. [40]) BGB. § 2577.

muß vielmehr stets hinterlassen und darf dann nur wie folgt belastet werden. Der Testator kann dem Abkömmling das Verfügungsrecht über die Substanz entziehen, muß ihm aber die Disposition über die Nutzungen belassen. Ferner wirkt die Entziehung nur unter Lebenden, nicht von Todes wegen. Der Noterbe kann also jedenfalls, so lange er lebt, über die Einkünfte seines Pflichtteils frei schalten und darf über den Bestand testamentarisch nach Belieben verfügen. Allein nicht einmal in diesem beschränkten Umfang sind die Maßnahmen des Erblassers unter allen Umständen wirksam. Ist nämlich der Abkömmling zur Zeit des Erbfalls überschuldet, so können seine Gläubiger ihre Befriedigung aus dem Pflichtteil auch dann suchen, wenn ihm selbst die Disposition über die Substanz letztwillig genommen ist. Der Zugriff auf die Nutzungen steht natürlich jederzeit offen.[41])

V. Württemberg.

Das Landrecht schweigt über die exheredatio bona mente. Immerhin verbietet es die Beschwerung des Pflichtteils nur nach Maßgabe des gemeinen Rechts;[42]) in diesem aber wird angenommen, daß, wie der Noterbe in guter Absicht ganz enterbt werden kann, ebenso auch eine bloße Beschwerung seines Pflichtteils aus guter Absicht statthaft ist. Die partikularrechtliche Gültigkeit der Enterbung aus guter Absicht wird allgemein angenommen.[43])

VI. Hessen.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogtum Hessen von 1845 hat die exheredatio bona mente nicht aufgenommen.[44])

VII. und VIII. Sachsen-Weimar-Eisenach und Sachsen-Altenburg.

Das Weimarsche Gesetz vom 6. April 1833 „über die Erbfolge ohne Testament und Vertrag und über die damit in nächster Verbindung stehenden Rechtsverhältnisse“[45]) trifft in § 98[46]) Bestimmungen über die exhere-

---

[41]) Vgl. für das neuere Recht Siebenhaar zu § 2577; Grützmann Bd. II S. 300; K. Schmidt S. 397.

[42]) Teil IV tit. 14 § 7.

[43]) s. Stein-Kübel § 88; Bierer Bd. III § 282; Württemb. Arch. f. Recht und Rechtsverwaltung Bd. 15 S. 183, Bd. 17 S. 114.

[44]) Für die nicht überzeugenden Gründe vgl. Motive zum Entwurf, III. Abt. Von der Erbfolge II. Teil S. 83.

[45]) Sammlung Großherzoglich Sachsen-Weimar-Eisenachscher Gesetze, Verordnungen und Zirkularbefehle, herausgegeben von F. v. Göckel, Eisenach 1835, S. 158 ff.

[46]) § 98: Inwiefern Enterbung aus guter Absicht stattfindet:

Enterbung aus guter Absicht (exheredatio bona mente) findet nicht weiter statt als zur Beschränkung der Dispositionsbefugnis über die Substanz des Pflichtteils, wenn

datio bona mente. Das Altenburgische Gesetz vom 6. April 1841 „über die Intestaterbfolge und die damit in nächster Verbindung stehenden Rechtsverhältnisse“ [47]) hat in § 106 wörtlich die gleichen Vorschriften wie das Weimarsche Gesetz in seinem § 98. Die einzigen Abweichungen sind, daß das Altenburgische Gesetz statt auf § 90 auf § 98 verweist, der aber den gleichen Wortlaut hat wie § 90, und daß im Absatz III vor den Worten „eine Vormundschaft“ die Worte „mit Genehmigung des Justizkollegii“ eingeschoben sind.

Beide Gesetze übernehmen die exheredatio bona mente aus dem gemeinen Recht, verfügen dabei aber erhebliche Einschränkungen. Zwar in der Personalfrage verfahren sie im Sinne des römischen Rechts. Allein als Gründe der Enterbung kennen sie nur Prodigalität und Überschuldung. In formeller Beziehung wird Testamentsform und Grundangabe verlangt, im übrigen genügt es, wenn der Wille des Testators deutlich zum Ausdruck gebracht ist, Solemnitäten nach Art des römischen Rechts werden nicht gefordert. Ausschluß vom Pflichtteil ist nicht gestattet, doch darf der Erblasser dem Berechtigten die Verfügung über die Substanz des Pflichtteils unter Lebenden entziehen. Die Verwirklichung des erblasserischen Willens erfolgt dergestalt, daß nach dem Eintritt des Erbfalls das Erbschaftsgericht ein Verfahren einleitet, in dem von Amts wegen die Berechtigung der Exheredation geprüft wird, und daß, wenn sich die Wahrheit des im Testament angegebenen Grundes herausstellt (in Altenburg nach vorheriger Genehmigung des Justizkollegiums) eine Vormundschaft angeordnet wird,

---

1. der Pflichtteilsberechtigte sich einer unordentlichen und verschwenderischen Lebensart ergeben hat,

2. oder überschuldet ist.

In solchem Falle kann der Pflichtteil unter Beobachtung der im § 90 gegebenen Bestimmungen seinem Bestande nach der Disposition des Berechtigten unter Lebenden gültig entzogen und ebenso verordnet werden, daß die Gläubiger desselben an diesem Bestande des Pflicht- oder Erbteils überhaupt sich zu halten nicht berechtigt sein sollen.

Alsdann ist vom Erbschaftsrichter, wenn sich die Wahrheit des angegebenen Grundes durch eine anzustellende gerichtliche Erörterung (causae cognitio) ergibt, eine Vormundschaft zur Verwaltung anzuordnen und die Beschränkung, soweit sie Immobilien betrifft, dem Gerichte der belegenen Sache zur Eintragung in das Hypothekenbuch anzuzeigen.

§ 90: Die Enterbung eines Pflichtteilsberechtigten ist nur gültig, sofern sie unter ausdrücklicher Angabe einer in diesem Gesetz anerkannten Ursache dazu und mit Beobachtung derjenigen äußeren Formalitäten geschieht, welche zur Errichtung eines Testaments erfordert werden. Im übrigen genügt es, wenn die auf Entziehung selbst des Pflichtteils gerichtete Absicht deutlich ausgesprochen ist, ohne daß es dazu des Ausdrucks: Enterbung oder sonstiger Feierlichkeiten noch auch der Einsetzung anderer Erben bedarf.

[47]) Gesetzessammlung für das Herzogtum Altenburg auf das Jahr 1841 S. 63 ff.

der die Verwaltung des Pflichtteils übertragen wird. Das Erbschaftsgericht hat weiter dafür zu sorgen, daß die Beschränkung des Noterben, wenn ihm Grundstücke hinterlassen sind, in das Hypothekenbuch eingetragen wird. In der Verfügung von Todes wegen ist der Pflichtteilsberechtigte nicht beschränkt, desgleichen stehen die ihm gebührenden Nutzungen des Erbteils zu seiner freien Disposition unter Lebenden. Was seine Gläubiger betrifft, so sind sie zwar von dem Zugriff auf die Substanz des Pflichtteils ausgeschlossen, können sich aber an die Früchte halten.

IX. Sachsen-Koburg-Gotha.

Das Gesetz vom 2. Januar 1844 „über die Intestaterbfolge und verschiedene damit in Verbindung stehende Rechtsverhältnisse“ [48]) schließt sich in den Fragen des persönlichen und sachlichen Geltungsbereichs der exheredatio bona mente den bereits behandelten thüringischen Gesetzen an. In der Frage der zulässigen Maßnahmen geht es über diese insofern hinaus, als es die Verfügung des Pflichtteilsberechtigten über das ihm Hinterlassene nicht nur unter Lebenden, sondern auch von Todes wegen ausschließt und den Beteiligten zur Sicherung ihrer einstigen Ansprüche ein Recht auf Sicherheitsleistung und eventuell auf Sequestration gewährt.

X. Elsaß-Lothringen, Baden, Rheinpfalz, Rheinprovinz.

In diesen und noch einigen kleineren Gebieten galt teils im Original teils in Übersetzung der französische Code civil von 1804. Dem Code ist ein Pflichtteilsrecht im römisch-rechtlichen Sinne unbekannt. Von einer exheredatio bona mente ist daher keine Rede. Ein schwacher Ersatz des Rechtsinstituts kann in der Vorschrift des Art. 1048 erblickt werden. Dieser Artikel ermächtigt den Erblasser sein disponibles Vermögen ganz oder teil-

---

[48]) Gesetzessammlung für das Herzogtum Gotha Bd. V Jahrgang 1843—1848 Nr. 261.

§ 89: Gegen die Vorschrift des § 69 und 79 ist es gestattet einem Pflichtteilsberechtigten aus guter Absicht und zwar zur Sicherung seines wahren Interesse die freie Verfügung über die Substanz des Pflichtteils zu entziehen oder ihn auf den Nießbrauch des Pflichtteils zu beschränken, wenn er

1. sich einer unordentlichen und verschwenderischen Lebensart ergeben hat,
2. wenn er überschuldet ist.

Es kann dies aber gültigerweise ebenfalls nur unter Beobachtung derjenigen Förmlichkeiten geschehen, welche zur Errichtung eines Testamentes erforderlich sind.

§ 90: Solchenfalls haben diejenigen, welche bei der Erhaltung der Substanz beteiligt sind, das Recht wegen der einstigen Herausgabe Sicherstellung (cautio fideicommissi causa resp. usufructuaria) und nach Befinden Sequestration dessen zu fordern, was dem Pflichtteilsberechtigten ausgesetzt ist. Weitere Beschränkungen des Pflichtteils sind, wenn ihnen auch eine gute Absicht zugrunde liegt, ungültig.

weise einem oder mehreren seiner Kinder zuzuwenden mit der Auflage, daß sie es wieder ihren sämtlichen Nachkommen ersten Grades hinterlassen sollen. Wenn also der Testator etwa einen verschwenderischen Sohn hat, so kann er auf diese Weise seinen Enkeln wenigstens einen Teil seines Vermögens sicher stellen.[49])

XI. Hohenlohe.

Der Grafschaft Hohenlohe gemeinsames Landrecht von 1738 stimmt im Teil IV Tit. 6 § 7 wörtlich mit dem Stadtrecht von Wimpfen überein. S. daher § 9 Nr. XV.

§ 9. **Die deutschen Stadtrechte und das Recht der Schweiz.**

XII. Hamburg.

Daß das hamburgische Recht die exheredatio bona mente kennt, bestätigt die neue Hamburgische Fallitenordnung von 1753 in ihrem Art. 31.[1]) Was die Zeit vor 1753 anlangt, so ergibt die Fassung des Art. 31, der die exheredatio bona mente offenbar als etwas Bekanntes erwähnt, und ebenso das Zeugnis hamburgischer Rechtsgelehrter, daß schon vor Erlaß der neuen Fallitenordnung das hamburgische Recht unser Rechtsinstitut aus dem gemeinen Recht herübergenommen hatte.[2])

Es ist eine Eigentümlichkeit des hamburgischen Rechts, die auch bei der exheredatio bona mente von Bedeutung wird, daß der Nachlaß eines Verstorbenen keine einheitliche Masse bildet, sondern in wohlgewonnenes Gut und in Erbgut zerfällt.[3]) Die Testierfreiheit ergreift nur die wohlgewonnenen Güter, nicht aber die Erbgüter, welche vielmehr ab intestato auf den nächsten Agnaten übergehen[4]) und diesem nicht durch eine exheredatio

---

[49]) s. Art. 1049 C. c.

[1]) Art. 31: 1. Wann ein Fallitus von seinem Vater, Mutter oder anderen nahen Bluts-Verwandten bona mente exherediert worden, so können Curatores bonorum sich solcher Erbschaft nicht anmaßen, falls die exheredatio bona mente facta nur durch Testamenta oder andere rechtliche Dispositiones erweislich gemacht ist.

2. Und hieran soll nicht hindern, wenn gleich der Testator in favorem des Falliten Kinder, oder falls dieser unbeerbt, in favorem seiner des Testatoris nächsten Erben von Erbgütern disponiert hätte, oder wenn vorgewandt würde, daß die Erbschaft einer testierenden Witwe schon vorhin auf den Debitorem mit verfallen gewesen wäre.

[2]) Schulte § 22; Klefecker Teil IV S. 393; Dreves S. 158; Baumeister § 112; Gries Bd. II S. 220; Niemeyer § 220; Trummer Bd. II S. 413; insbesondere auch Hieron. Müller: Tract. v. d. Test. St. 1 S. 92 (nach dem Zeugnis von Dreves, Baumeister und Gries, selbst konnte ich das Werk nicht bekommen).

[3]) Vgl. über diesen Begriff Schulte § 19; Dreves S. 158.

[4]) Schulte §§ 19, 20.

mala mente entzogen werden dürfen. Der Zweck der Einrichtung ist, das ererbte Vermögen stets in der gleichen Familie zu erhalten. Und eben dieser Zweck, mit dem im übrigen eine Testierfreiheit nicht vereinbar ist, macht es erforderlich, eine Enterbung aus guter Absicht auch vom Erbgut zuzulassen. Dieses Ergebnis reinen Nachdenkens bestätigt das Gesetz in Art. 31. Weil die unentziehbaren Erbgüter Pflichtteilscharakter haben und sich ohne Beschränkung auf einen bestimmten Verwandtschaftsgrad weiter vererben, so können nach hamburgischem Recht nicht nur (pflichtteilsberechtigte) Eltern und Kinder, sondern auch andere, entferntere Blutsverwandte bona mente exherediert werden, soweit sie eben als Sukzessoren in das Erbgut in Betracht kommen.[5]) Als Grund der Enterbung nennt das Gesetz lediglich Überschuldung. Allein da das Institut aus dem gemeinen Recht herübergenommen ist und die neue Fallitenordnung es nicht neu einführen sondern nur bestätigen will, so ist eine Ausdehnung auf ähnliche Fälle für statthaft zu erachten und zwar beim wohlgewonnenen Gut ohne weiteres, aber auch mit Rücksicht auf die ratio legis bei den Erbgütern.[6]) Was die Formalien der Enterbung betrifft, so wird sie ja wohl regelmäßig in einem Testamente vorgenommen werden, aber notwendig ist das nicht;[5]) es genügen auch andere rechtliche Dispositionen, so insbesondere ein Kodizill. Im Gegensatz zum römischen Recht ist der Grund der Verfügung ausdrücklich anzuführen. Es heißt in Art. 30 und 33 des Hamburger Statuts „daß, damit die Enterbung Kraft habe und bestehen möge, nicht allein die Ursachen in dem letzten Willen ausdrücklich angezogen und vermeldet, sondern auch, da die enterbte Person derselben nicht geständig sein möchte, durch die eingesetzten Erben oder andere, die solches belangen mögte, gebührend und mit Recht erwiesen werden sollten“.[7]) Diese Vorschrift ist zwar für die Enterbung zur Strafe gegeben, aber es besteht keine Veranlassung sie auf diese einzuschränken.[8]) Der Testator kann nun den Erben von seinem wohlerworbenen Gut wie von den Erbgütern vollkommen ausschließen. Doch ist er gehalten die Kinder des Enterbten oder in Ermangelung solcher seine eigenen nächsten Erben zu Nachfolgern in das Erbgut einzusetzen.[5]) Andere Personen als diese darf er nicht instituieren, da sonst die Absicht des Gesetzgebers, das Vermögen in der Familie zu konservieren, ebensowenig erreicht würde, wie bei einer Sukzession des Ent-

---

[5]) Art. 31 NFO.

[6]) Schulte § 22; Trummer Bd. II S. 413; Niemeyer § 220; abweichend Hasche S. 202, Gries Bd. II S. 220 und Dreves S. 167.

[7]) Zitiert nach Klefecker Teil IV S. 392.

[8]) Trummer Bd. II S. 413; Dreves S. 163; Niemeyer § 220; Baumeister § 112, der auch ein in diesem Sinn ergangenes Urteil des NG. v. 2. Mai 1816 beibringt.

erbten. Wenn so das Interesse der Familie gewahrt wird, so ist doch, damit die Enterbung als aus guter Absicht geschehen aufrecht erhalten werden könne, in allen Fällen, also auch dann, „wenn der Testator in favorem seiner nächsten Erben von Erbgütern disponiert hätte",[9]) eine Anordnung zu verlangen, die dem Enterbten Vorteil bringt, so ist insbesondere stets sein Lebensunterhalt durch Alimente sicherzustellen.[10]) Schließlich erwähnt das Gesetz noch den Fall, daß wir es mit einer testierenden Witwe zu tun haben, und bestimmt, „daß der Umstand, daß sie mit ihrem Kinde annoch in ungeteiltem Gute sitze, dieselbe in diesem Fall ausnahmsweise nicht hindern solle, das Kind auch von dem ihm gebührenden Anteile des väterlichen Nachlasses bona mente zu exheredieren".[11]) Kommt es zum Prozeß, so trifft in Analogie der oben zitierten Art. 30 und 33 den Erben die Beweislast.[12]) Was endlich die Gläubiger des Enterben anlangt, so müssen sie sich mit der vom Testator geschaffenen Sachlage abfinden und können weder die Enterbung anfechten noch den Nachlaß in Anspruch nehmen.[5])

XIII. Rostock.

Dem Rostocker Stadtrecht (publiziert am 19. Dezember 1757) ist die exheredatio bona mente gleichfalls bekannt.[13]) Da das Stadtrecht in Art. 23[14]) wegen der Enterbung der Kinder auf das gemeine Recht verweist und überhaupt im Erbrecht das gemeine Recht als geltend betrachtet, soweit es nicht durch besondere Bestimmungen aufgehoben ist,[15]) so ist gewiß der bekannte Satz anwendbar, statuta ex jure communi interpretanda esse. Demnach ist die Enterbung aus guter Absicht ganz im römischrechtlichen Sinn zu interpretieren, sie darf insbesondere nur zum Besten der enterbten Kinder erfolgen.[15]) Als Eigentümlichkeit ist hervorzuheben, daß das, was im gemeinen Recht lediglich als Indiz der guten Absicht anzusehen ist, hier als unerläßliches Erfordernis aufgestellt wird, daß nämlich die Kindeskinder zu Erben eingesetzt werden.

---

[9]) Im Gegensatz zu Hasche S. 199 ff.

[10]) Schulte § 23; Trummer Bd. II S. 413; Dreves S. 160; zum Teil abweichend Niemeyer § 220.

[11]) Dreves S. 164. [12]) Trummer Bd. II S. 413.

[13]) Teil II tit. I Art. 24: Hat einer seine Kinder bona mente enterbet und seine Kindeskinder zu Erben eingesetzet, so sollen die Kinder solches nicht anfechten sondern selbiges zu halten schuldig sein.

[14]) „Es kann auch in einem privilegierten Testamente der Eltern unter Kindern eine Enterbung nach Ordnung der gemeinen Rechte geschehen."

[15]) Entsch. d. OAG. zu Rostock vom 17. Dezember 1856 S. 310 (s. § 3 Anm. 2 Ziff. 17).

XIV. Frankfurt a. M.

Die erneuerte Reformation der Stadt Frankfurt[16]) hielt es zwar nicht für erforderlich, die Enterbungsursachen des gemeinen Rechtes aufzuzählen, erkannte sie aber nichtsdestoweniger auch für das Frankfurter Statutarrecht als maßgebend an. Nichts zwingt uns zu der Annahme, daß die Anerkennung sich auf die exheredatio mala mente beschränkte.[17]) Diese Ansicht wird bestätigt durch ein Urteil des Schöffenrats der Stadt Frankfurt, in welchem auf Grund eines Gutachtens der Juristenfakultät Tübingen eine wegen Überschuldung bona mente ausgesprochene Enterbung Anno 1773 für gültig und unanfechtbar erklärt wurde.[18])

XV. Wimpffen.

Das Erneuerte und Vermehrte Stadtrecht der Freyen Reichsstadt Wimpffen von 1775,[19])[20]) hat die exheredatio bona mente unverändert aus dem gemeinen Rechte übernommen.

XVI. Würzburg.

Des hochlöblichen Stiffts Wirtzburgs und Hertzogthumbs Francken Keyserliche Landtgerichts-Ordnung von 1618 hat ausführliche Vorschriften über die exheredatio bona mente.[21]) Das Gesetz spricht zwar nur von

---

[16]) Teil IV Tit. III § 9 nach dem Zitat von Orth: Anmerkungen, Forts. 2 S. 313: „Dieweil aber solche Fälle der Enterbung zwischen den Eltern und den Kindern in dieser Statt bey Menschen Gedencken keine (Gott lob) sich zugetragen, Und Wir verhoffen, daß auch hinfüro dieselben, durch Verleyhung Göttlicher Gnad, sich nicht zutragen sollen: So achten Wir für unnöthig, die Ehehafften und Ursachen der Undankbarkeit, daher die Enterbungen erfolgen, allhie weitläufftig aus den Keyserlichen Rechten zu erzehlen.“

[17]) Adlerflycht § 300; Orth Anm. Forts. 2 S. 313.

[18]) Orth, Rechtshändel Teil XII Nr. 2.

[19]) Abgedruckt bei W. v. d. Nahmer, Handbuch des rheinischen Partikularrechts Bd. II, Frankfurt 1831, S. 1044 f.

[20]) Teil IV tit. 6 § 7: „Es geschiehet auch zuweilen eine Enterbung aus guter Absicht und in guter Meynung denen Kindern oder Enckeln zum besten, Z. E.: Wann jemand einen verschwenderischen oder mit Schulden beladenen Sohn oder Tochter hat und solchen enterbet, dagegen desselben Kinder zu Erben einsetzet, weil sie sonst durch den Vater oder Mutter um das Erbe möchten gebracht werden. Welches dann auch in dem Falle stattfindet, wann eine Gemeinschaft der Güter zwischen denen Eheleuten, deren eines aus guter Meynung angeführtermaßen enterbet werden will, gestifftet ist. In solchen und dergleichen Fällen ist die Enterbung gültig, wann schon keine von denen § 2 gemeldeten Ursachen dazu vorhanden wäre.“

[21]) Teil III tit. 48 §§ 4—6: „§ IV. Nach deme auch oben under dem III. Titul dieses Drittentheils geordnet, daß die Eltern ihren Kindern in Testamenten mit Vormundern fürsehung thun mögen. So wöllen wir solches hiemit erleutert und ercläret

Eltern, die ihre Kinder enterben, und führt als Grund lediglich Verschwendungssucht an, allein es erklärt in seinem Titel 122 § 3: Hierauff setzen, ordnen und wöllen wir nun endlich, daß alles dasjenige, was in dieser Ordnung nicht sonderlich versehen, nach Inhalt und besag gemeiner geschriebener Rechten gehalten, also auch geurtheilet und entscheiden werden soll. Es wird also das gemeine Recht für subsidiär anwendbar erklärt und daraus darf geschlossen werden, daß auch nach Würzburger Recht Kinder ihre Eltern bona mente exheredieren können und daß dabei nicht nur Prodigalität, sondern alle dem gemeinen Recht geläufigen Enterbungsgründe für hinreichend zu erachten sind.[22])

Hervorzuheben ist, daß der Testator jede beliebige fremde Person, der er traut, zum Erben einsetzen kann, ihr aber jedenfalls die Verpflichtung auferlegen muß den Enterbten und, wenn er Abkömmlinge haben sollte, auch diese zu alimentieren. Fällt der Grund der Enterbung nachträglich weg, so hat der Testamentserbe die Erbschaft dem Noterben zu restituieren. Andernfalls darf er sie bis zu dessen Tode behalten, muß sie aber alsdann an die Kinder herausgeben. Nur wenn der Enterbte ohne Abkömmlinge versterben sollte, verbleibt dem Fiduziar der Nachlaß endgültig. Tritt die Restitutionspflicht ein, so ist der Erbe berechtigt den vierten Teil der Erbschaft für sich zurückzubehalten.

---

haben. Da die Eltern leibliche Kinder hetten, die unnütze Leuth und Geuder weren unnd vermutlich nach ihrem tödlichen Abgang ihr Gut ubel anwenden und verthun würden, daß dieselbige Eltern fug und macht haben sollen, solchen verthünischen Kindern nicht allein die Zeit auß ihres verthünischen Lebens Vormunder zuordnen sondern auch ein vertrawliche Person im Testament zu Erben einzusetzen und in Vertrawen zubefehlen, daß sie den Erbfall so denselben Kindern zustehen sollte, zu ihren Handen nemmen und den genannten Kindern allein ihre Leibsnahrung und nothwendige Unterhaltung davon geben, biß sie einen rechten Sinn uberkommen und eines besseren Lebens werden, alsdann erst ihnen, oder da sie biß an ihr Ende in solchem unwesen verharren und Eheliche Kinder nach sich verlassen würden, als dann denselbigen allererst nach der verthünischen Eltern Todt solche Erbschafft zustellen sollen. Solchen Erben soll als dann, do sie die Erbschafft gedachtermaßen einantworten, nach besage gemeiner geschriebener Rechten der Viertetheil von derselben eigenthümblich bleiben.

§ V. Da aber solche verthünische Kinder in ihrem verthünischen Leben ohne Eheliche Leibs-Erben mit Todt abgiengen, solle denselbigen zu getrewen handen eingesetzten Erben die Erbschafft gäntzlich zustehen unnd volgen.

§ VI. So auch solche verthünische Kinder zur Zeit der uffgerichten Disposition in der Ehe weren unnd Kinder hetten oder volgend sich in die Ehe begeben unnd Kinder bekemen, sollen jedoch die durch ihre Eltern zu getrewen handen eingesetzte Erben die Verlassenschafft zu sich zunemmen, den verthünischen Eltern unnd derselben Kindern nothwendige Unterhaltung davon zugeben und die Güter nach Absterben der Eltern den Kindern wie oben gehört zuzustellen bevelch haben."

[22]) Dagegen mit falscher Begründung Schelhaß § 96.

XVII. Bamberg.

Des Kayserlichen Hochstifts und Fürstentums Bamberg verfaßtes Landrecht von 1769[23]) hat die exheredatio bona mente aufgenommen aber in wesentlichen Punkten verändert. Es scheint das indicium bonae mentis, welches darin erblickt wird, daß der Testator die Verlassenschaft seinen Enkeln zuwendet, als notwendiges Erfordernis der Enterbung aufstellen zu wollen und es hebt, was noch wichtiger ist, die Wirkung der Exheredation zugunsten derjenigen Gläubiger des Enterbten auf, welche beim Tode des Erblassers vorhanden sind, indem es diesen Gläubigern ohne Rücksicht auf die Enterbung den Zugriff auf den Pflichtteil gewährt. Damit ist die exheredatio bona mente für den Fall der Überschuldung praktisch beseitigt.[24])

XVIII. Die Schweiz.

Wir gehen zunächst kurz auf die Einzelgesetzgebungen ein.[25]) Es sind im ganzen acht Kantonal- oder Stadtrechte, welche die exheredatio bona mente kennen. Es begegnen uns die gewöhnlichen Enterbungsgründe, bald

---

[23]) Teil I Anhang II tit. V § 5: „Wan die Eltern dieses oder jenes Kind bloß zu dessen Vorteil und ohne eine in Rechten gegründete besondere Ursach dazu ausgedruckt zu haben, enterben und die Verlassenschaft denen Enklen zuwenden wollten, welches zu latein exhaeredatio bonae mentis genannt wird, so solle solches denen Glaubigeren, so der Enterbte zur Zeit des Absterbens des Enterbers haben wird, und insoweit diese aus des Enterbten eigenen Vermögen nicht befriediget werden könnten, keineswegs zum Nachteil gereichen, sondern sie allerdings befugt seyn, die Obrigkeit um Hülf anzuruffen, sich mittelst derselben der ihren Schuldner von rechtswegen zukommenden Erb-Portion zu bemächtigen und ihre Zahlungen daraus zu erholen."

[24]) Begründung bei Hanauer Teil I Anhang II tit. IV zu § 5.

[25]) 1. Basel-Stadt.

Das Gesetz betreffend eheliches Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen vom 10. März 1884 (§ 50 Al. 2 zit. nach E. Huber II S. 297) gestattet „gänzliche Enterbung von Kindern oder Großkindern zugunsten von deren Nachkommen, wenn zu befürchten ist, daß die Erbschaft in den Händen des zu enterbenden Nachkommen oder des Ehemannes desselben verschwendet würde; dem enterbten Elternteile bleibt jedoch die lebenslängliche Nutznießung an der seinen Kindern zufallenden Erbschaft und die Gründe einer solchen Enterbung müssen im Testamente angegeben werden, sowie sie auch im Falle der Anfechtung von den Erben zu beweisen sind".

2. Zürich.

Das Privatgesetzbuch für den Kanton Zürich von 1856 (Ausg. v. Bluntschli) bestimmt:

§ 2049: Wenn ein Erbe fallit ist, so ist der Erblasser berechtigt, denselben von der Erbschaft auszuschließen und dessen Kinder an seine Stelle eintreten zu lassen. In diesem Falle wird als Meinung des Erblassers angenommen, es haben die eingesetzten Kinder des Falliten den Erbteil mit ihren später hinzukommenden Geschwistern nach Verhältnis zu teilen.

einzeln, bald vereint, je nachdem das betreffende Gesetz dem Institut günstig oder weniger günstig gegenüber steht. Am zurückhaltendsten zeigen sich Basel und Zug. Jenes läßt die Enterbung nur wegen Prodigalität,

§ 2050: Ist der Erbe fallit und kinderlos, so vermindert sich der Pflichtteil desselben je auf die Hälfte.

§ 2051: Wenn der Erblasser begründete Besorgnis hat, daß der Erbe den auf ihn fallenden Erbanteil auf eine ungehörige Weise verbrauchen werde, so ist er berechtigt dafür zu sorgen, daß dieser Erbanteil vorerst in vormundschaftlichen Gewährsam genommen werde. Liegen sodann genügende Gründe vor, um den Erben unter Vormundschaft zu setzen, so ist, wenn er sich nicht freiwillig unter Vormundschaft begibt, die Bevormundung von amtswegen einzuleiten.

§ 2052: Der Erblasser ist überdem, wenn sich ergibt, daß der Erbe seinen Erbanteil gehörig zu verwalten außerstande sei, und dieser Mangel nicht durch die vormundschaftliche Verwaltung beseitigt wird, berechtigt die Verwaltung und Verfügung darüber, solange als diese Gefahr dauert, an einen dritten Vertrauensmann zu übertragen.

3. Solothurn.

Das Zivilgesetzbuch für den Kanton Solothurn von 1848 (Ausg. v. J. B. Reinert) setzt fest:

§ 555: Diejenigen Eltern, welche Kinder in ihrer Gewalt haben, können denselben durch letztwillige Verordnung Vormünder und in den im § 568 angegebenen Fällen für ihre Erbteile Sachwalter bestellen.

§ 566: Personen, welche Kinder oder entferntere Nachkommen hinterlassen, dürfen durch letztwillige Verordnung nur über den vierten Teil ihrer Verlassenschaft verfügen.

§ 567: Jedoch können Verwandte in gerader aufsteigender Linie verordnen, daß der Erbteil eines Nachkommen einstweilen in Verwahrung eines Sachwalters gelegt werde und demselben von der Abnutzung nur soviel zukomme, als er nach dem Ermessen der Waisenbehörde zu seinem Lebensunterhalte nötig habe.

Diese Verfügung kann getroffen werden, obwohl den Nachkommen bis auf den Betrag des Pflichtteils alles entzogen worden ist.

§ 568: Der unter Verwahrung gestellte Erbteil wird von einem Sachwalter verwaltet, den der Erblasser bezeichnen kann. Für Schulden, die nicht auf dem Erbteil haften, darf derselbe nicht in Anspruch genommen werden.

Sollte der Erbe vor Aufhebung der Verfügung sterben, so muß von dem erwähnten Erbteile soviel, als der Pflichtteil beträgt, zur Tilgung allfälliger Schulden des verstorbenen Erben verwendet werden. Das übrige erhalten seine Erben, obgleich sie auf die Erbschaft in Beziehung auf das andere Vermögen Verzicht geleistet haben.

§ 569: Die Aufhebung der Verfügung kann, sofern im Testament keine frühere Zeit bestimmt ist, erst nach Verfluß von 10 Jahren vom Tode des Erblassers an gerechnet nach den Vorschriften des § 390 verlangt werden.

Die Aufhebung ist nur dann auszusprechen, wenn die betreffende Person weder vergeldstagt noch in einer solchen Lage ist, daß über sie die Bevogtung verhängt oder fortgesetzt werden muß.

4. Schaffhausen.

Das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Schaffhausen von 1865, §§ 1917—1920, (nach E. Huber II 297/98) folgt durchaus den §§ 2049—2052 des Züricher Gesetzbuchs. Wenn § 2052 des letzteren Gesetzes den Erblasser berechtigt, die Verwal-

dieses nur wegen Insolvenz zu. Etwas weiter geht Zofingen, das unordentliche, liederliche Haushaltsführung als Voraussetzung der Exheredation aufstellt. Der Ausdruck ist etwas unklar. Wir werden darunter wohl Verschwendungssucht, wie auch Verschuldung verstehen dürfen. Deutlich sprechen sich für diese beiden Gründe Wallis und Tessin aus. Zürich und Schaffhausen halten die Verfügungsfreiheit des Testators in noch weiteren Grenzen. Einmal gilt ihnen das Fallissement des Erben als genügende Ursache der Enterbung, dann aber erachten sie es auch für ausreichend, wenn der Erblasser die begründete Besorgnis hegt, daß der Erbe seinen Erbteil auf ungehörige Weise verbrauchen werde, oder wenn sich ergibt, daß der Erbe aus irgendwelchen Gründen außerstande ist, den Nachlaß richtig zu verwalten. Am weitesten geht Solothurn. Dieser Kanton

---

tung des Erbteils einem Vertrauensmann zu übertragen, so fügt Schaffhausen hier noch die Waisenbehörde des Wohnorts hinzu.

5. Zug.

Das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zug von 1875 § 306 stimmt mit den §§ 2049, 2050 des gleichen Gesetzbuchs für Zürich überein (nach E. Huber II S. 297).

6. Wallis.

Der Code civil du Canton du Valais von 1854 bestimmt in Art. 615:

L'exhérédation d'un descendant peut aussi avoir lieu, lorsqu'on peut raisonnablement craindre que, par suite de la prodigalité ou de l'insolvabilité de celui qui est appelé à la succession, ses enfants ne soient privés de tout ou partie de la légitime qui lui revient. Mais cette exhérédation ne peut avoir lieu qu'au profit des enfants de l'exhérédé.

7. Tessin.

Das alte Recht schon kannte die exheredatio bona mente. In der amtlichen Ausgabe der älteren eidgenössischen Abschiede, hrsg. von Kaiser u. a., Bd. IV S. 994, findet sich der Satz: „Väter ungeratener Kinder dürfen den Kindern derselben ihr Gut vermachen und den Kindern bloß den Nießbrauch lassen. Fügen dieselben biederen Leuten Schaden zu, so soll er aus der jährlichen Nutzung ausgerichtet, die Täter aber eingelegt und an ihrem Leib darum gestraft werden." Der Codice civile della repubblica e cantone del Ticino von 1874, Art. 495, verordnet:

„Se l'erede necessario fosse prodigo o talmente aggravato di debiti che la di lui legittima sarebbe assorbita nella maggior parte dalle passività, il testatore può diseredarlo, lasciando la legittima ai di lui figli. In questo caso il diseredato avrà diritto agli alimenti come all' art. 497."

8. Zofingen.

Schließlich wird die exheredatio bona mente in der Stadtsatzung von Zofingen erwähnt, wonach der Vater, im Falle eines der Kinder „dergestalt liederlich haus hielt, daß zu besorgen, die Kindskinder dessen Übel zu endtgelten haben möchten, oder sonst gegen den Vater sich ungehorsam zeigte, den Kindskindern das Gut zu machen und einem solchen ungehorsamen und liederlichen Kinde die Meisterwurtzen zu zeigen und den Rigel zestoßen, und weiters nit dann den Zinß zu gelassen, und daß Haupt gutt verpenniget werden soll," doch nur unter Kenntnis von Rat und Schultheiß und mit deren Mehrung und Minderung (nach E. Huber IV S. 619).

kennt als Enterbungsart einzig die exheredatio bona mente und macht ihre Gültigkeit überhaupt nicht von dem Vorliegen bestimmter Umstände und Verhältnisse abhängig. Regelmäßig ist es wie im gemeinen Recht die Rücksicht auf das Wohl des Noterben selbst, die den Testator bei seinen Maßnahmen leiten muß, einige Rechte jedoch legen den Nachdruck auf das Wohl der Enkel und gestatten die Enterbung um den Nachkommen des Enterbten die ihnen sonst entgehende Erbschaft zu sichern, so Basel, Wallis und Zofingen. Sehr interessant ist, daß das Zofinger Stadtrecht den Erblasser nicht allein handeln läßt, sondern nur unter Kenntnis von Rat und Schultheiß und mit deren Mehrung und Minderung.

Nach den meisten Rechten ist der Erblasser befugt, den Erben gänzlich von seiner Verlassenschaft auszuschließen, so in Basel, Zug, Wallis, Tessin, Zofingen und, wenn es sich um einen falliten Erben handelt, auch in Zürich und Schaffhausen. Er ist jedoch verflichtet, die Erbschaft seinen Enkeln zuzuwenden. Da es nun billig erscheint, daß die ganze Familie des Enterbten die Wohltat der erblasserischen Maßnahmen genießt und nicht etwa der Zufall früherer oder späterer Geburt auf die Perzeption dieses Vorteils Bedeutung gewinnt, so verordnen das Züricher, Zuger und Schaffhausener Recht, daß die eingesetzten Kinder des Exheredierten den Erbteil mit ihren nach dem Erbfall erzeugten Geschwistern nach Verhältnis zu teilen haben. Hat der Noterbe keine Kinder, so vermindert sich in Zürich, Zug und Schaffhausen sein Pflichtteil auf die Hälfte. In allen übrigen Rechten ist in diesem Fall eine Enterbung unstatthaft. Denn da in diesen Rechten durch eine exheredatio bona mente hauptsächlich das Wohl der Enkel gefördert werden soll, so fehlt es eben an einem schutzwürdigen Interesse, wenn Nachkommen, denen der gefährdete Pflichtteil gerettet werden könnte, nicht vorhanden sind. In Solothurn und, soweit es sich nicht um einen falliten Erben handelt, auch in Zürich und Schaffhausen muß dem Noterben in allen Fällen sein Pflichtteil unversehrt belassen werden. Der Testator darf lediglich gewisse Verfügungsbeschränkungen verordnen, insbesondere kann er die Verwaltung des Nachlasses in die Hände eines Sachwalters legen.

Es fragt sich, in welcher Weise für den Unterhalt des Exheredierten Sorge getragen wird. Zürich, Schaffhausen, Zug und Wallis schweigen gänzlich über diesen Punkt und lassen dem Testator völlig freie Hand. Dagegen verbleibt nach Baseler, altem Tessiner und Zofinger Recht dem Noterben die lebenslängliche Nutznießung an der ihm entzogenen Erbschaft. Nicht so weit gehen Solothurn und das neue Tessiner Recht, die dem Exheredierten nur einen Anspruch auf Alimentierung zubilligen. Was etwaige Gläubiger des Noterben anlangt, so ist ohne weiteres klar, daß

sie in den Fällen, in welchen ihrem Schuldner der Pflichtteil völlig genommen werden kann, einfach leer ausgehen. In den übrigen Fällen würde ihnen mangels besonderer gesetzlicher Vorschriften nach allgemeinen Regeln der Zugriff auf den Nachlaß freistehen. Hiergegen Solothurn ZG. § 568.

Wir wenden uns zum Zivilgesetzbuch von 1907.[26]) Es hat sich keinem der Kantonalrechte direkt angeschlossen und das Rechtsinstitut stark eingeschränkt. Die Enterbung richtet sich jetzt nur mehr gegen einen Nachkommen im Falle der Überschuldung. Der Pflichtteil darf nicht ganz, sondern nur zur Hälfte entzogen werden, während die andere Hälfte dem Abkömmling und damit auch seinen Gläubigern überlassen werden muß. Es steht dem Erblasser natürlich frei weniger als die Hälfte, z. B. ein Drittel zu entziehen. Hat er dagegen mehr als die Hälfte genommen, so gewährt Art. 522 ZGB. dem Erben das Recht die Herabsetzung der Verfügung auf das erlaubte Maß zu verlangen. Da indes der überschuldete Erbe daran meist kein Interesse haben wird und somit ein doloses Zusammenwirken von Erblasser und Schuldner nicht ausgeschlossen erscheint, gestattet Art. 524 ZGB. der Konkursverwaltung oder den Gläubigern die Herabsetzungsklage zu erheben, wenn es der Erbe trotz entsprechender Aufforderung nicht tut.

Über die dem Noterben entzogene Pflichtteilshälfte darf der Erblasser nicht frei verfügen. Er muß sie vielmehr den bereits vorhandenen und später hinzukommenden Kindern des Enterbten zuwenden. Das geschieht durch Erb- bzw. Nacherbeinsetzung.[27]) Wir wollen z. B. annehmen, daß beim Tode des Testators ein Enkelkind vorhanden ist. Dieses erhält dann die ganze Zuwendung, muß aber, wenn ihm nachträglich ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, die Hälfte des Empfangenen an dieses Kind herausgeben.[28]) Kommt noch ein drittes Kind hinzu, so müssen die beiden bereits lebenden ihm je ein Drittel ihres Anteils ausliefern usw. Das widerspricht freilich dem Wortlaut des Art. 488 II ZGB.[29]) Aber da diese Vorschrift offenbar nur den Zweck hat, eine Fideikommißbildung zu verhindern und bei strikter Anwendung auf unsern Fall die Durchführung

---

[26]) Art. 480: Bestehen gegen einen Nachkommen des Erblassers Verlustscheine, so kann ihm der Erblasser die Hälfte seines Pflichtteils entziehen, wenn er diesen den vorhandenen und später geborenen Kindern desselben zuwendet.

Diese Enterbung fällt jedoch auf Begehren des Enterbten dahin, wenn bei der Eröffnung des Erbgangs Verlustscheine nicht mehr bestehen oder wenn deren Gesamtbetrag einen Vierteil des Erbteils nicht übersteigt.

[27]) Art. 545 ZGB. [28]) Art. 488 I ZGB.

[29]) Art. 488 I: Der Erblasser ist befugt in seiner Verfügung den eingesetzten Erben als Vorerben zu verpflichten, die Erbschaft einem andern als Nacherben auszuliefern.

Art. 488 II: Dem Nacherben kann eine solche Pflicht nicht auferlegt werden.

der gesetzgeberischen Absicht in Art. 480 unmöglich machen würde, so dürfen wir annehmen, daß Art. 488 II bei Auslegung des Art. 480 unberücksichtigt bleiben darf. Wie wir schon oben sahen, erhält der Noterbe jedenfalls seinen halben Pflichtteil, dazu tritt aber noch Verwaltung und Nutznießung an der andern Hälfte, Rechte die ihm nach Art. 292 ZGB. zustehen. Diese können ihm allerdings nach allgemeinen Regeln wieder genommen werden.[30]) Ist ein Abkömmling enterbt, ohne selbst Kinder zu haben oder ohne daß diesen Kindern die Hälfte des Pflichtteils zugewendet ist, so ist die Verfügung ungültig. Des weiteren fällt die Enterbung dahin, wenn zur Zeit des Erbfalls Verlustscheine nicht mehr bestehen, weil der Enterbte sich von seinen Schulden frei gemacht hat, oder wenn wenigstens der Betrag der Verlustscheine so herabgemindert ist, daß er einen Vierteil des Erbteils nicht mehr übersteigt. In beiden Fällen wird der Erbe die Herabsetzungsklage anstrengen und seinen vollen Pflichtteil beanspruchen können.

III. Abschnitt.

Das deutsche bürgerliche Recht.

§ 10. Die Entstehung des § 2338 BGB. und des § 863 ZPO.

I. Schon der auf Veranlassung der ersten Kommission zur Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuchs von dem bayrischen Ministerialrat Dr. von Schmitt hergestellte „Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich“ [1]) enthält Vorschriften über die exheredatio bona mente. Sie wurden zwar nicht Gesetz und brachten daher die Einverleibung des Rechtsinstituts in das moderne Recht noch nicht, aber sie sind trotzdem von grundlegender Bedeutung, weil sie den ersten und darum überaus wichtigen Schritt

---

[30]) Art. 285, 297, 298 ZGB.

[1]) Vorlage des Redaktors v. Schmitt, Berlin 1879:

§ 274: Ein Abkömmling oder an Kindesstatt angenommener kann enterbt werden, wenn er sich einer unordentlichen und verschwenderischen Wirtschaft schuldig gemacht hat.

Die Enterbung kann nur in der Beschränkung des Berechtigten auf das Vermächtnis des Nießbrauchs an dem Pflichtteile mit oder ohne Entziehung von Besitz und Verwaltung der Nießbrauchsgegenstände bestehen.

Wird der Nießbrauch zur Befriedigung von Gläubigern des Berechtigten in Anspruch genommen, so kann der Nießbraucher verlangen, daß ihm die Mittel verbleiben, welche zu seinem angemessenen Unterhalte und dazu erforderlich sind, um eine gesetzliche Verpflichtung desselben zum Unterhalte seiner Ehefrau sowie zum Unterhalte und zur Erziehung seiner Kinder zu erfüllen.

§ 275: Einem Abkömmlinge oder an Kindesstatt angenommenen, welcher zur Errichtung eines Testamentes unfähig ist, kann der Erblasser für den Fall, daß derselbe vor Erlangung dieser Fähigkeit ohne Hinterlassung von Abkömmlingen oder eines Ehegatten stirbt, die Herausgabe desjenigen, was von dem Pflichtteile noch übrig sein wird (§ 90) an einen Nachberufenen auferlegen.

in dieser Richtung taten. Zunächst fällt auf, wie eng der Kreis der zu enterbenden Personen und der Enterbungsgründe gehalten ist. Als Enterbungsgrund wird einzig die Verschwendungssucht genannt und dies von Schmitt mit dem Hinweis auf das praktische Bedürfnis gerechtfertigt.[2]) Die infolge der gemein-, wie partikularrechtlichen Praxis nächstliegenden Fragen, ob in der Überschuldung ein Exheredierungsgrund anzuerkennen oder doch der Erblasser zu berechtigen sei, den Zugriff der Gläubiger des Noterben auf dessen Pflichtteil zu unterbinden, werden verneint,[3]) die erste, weil eine derartige Enterbung nur eine Störung des allgemeinen Verkehrs, der Volksanschauung, des Geistes der Reichsjustizgesetze sei, die zweite, weil eine solche Maßregel überaus bedenklich und die Lage eines so geschützten Menschen wenig mehr sei als eine stehende Bedrohung ehrlicher Leute. Was den römischrechtlichen Enterbungsgrund der Unmündigkeit betrifft, so hält ihn Schmitt für abgestorben.[4]) Nicht so den Fall des Wahn- oder Blödsinns. Hier findet er lebensfähige Gedanken. Allerdings nicht in dem Sinne, daß er sich entschließen könnte, eine exheredatio bona mente zuzulassen; indes verwertet er die Idee um einen passenden Ersatz für das in Wegfall gebrachte Institut der Pupillar- und Quasipupillarsubstitution zu gewinnen. Nur gegen Abkömmlinge und an Kindes Statt Angenommene wird die Enterbung zugelassen, nicht auch gegen die gleichfalls pflichtteilsberechtigten Aszendenten und Ehegatten.[5])

Zeigt der Vorentwurf in den bisher besprochenen Vorschriften die Neigung, das Rechtsinstitut durch möglichst einengende Bestimmungen in Gegensatz zu der freien Auffassung des römischen Rechts zu stellen, so tritt er in der Frage, welche Maßnahmen dem Testator zu gestatten seien, entschieden auf römischrechtlichen Boden. Er erlaubt dem Erblasser, die gänzliche Ausschließung des Berechtigten vom Pflichtteil anzuordnen, und gerät damit insbesondere in einen bemerkenswerten Gegensatz zum preußischen allgemeinen Landrecht und zum sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch. Als

---

[2]) Begründung S. 725 ff. [3]) Begründung S. 727.

[4]) Begründung S. 730.

[5]) „Die Enterbung der Eltern enthielte ein unnatürliches Vorgehen der Kinder ohnd Not. Werde ein Kind aus guter Absicht enterbt, so verbände sich damit gewöhnlich die Sorge des Erblassers für seine Enkel als ihm gegenüber ebenfalls pflichtteilsberechtigt. Dieser fruchtbare Gedanke fehle bei der Enterbung der Eltern aus guter Absicht. Geschwister hätten weder Pflichtteils- noch Alimentationsanspruch (Begründung S. 735). Was die Ehegatten anlange, so habe das Erb- und Pflichtteilsrecht des Ehegatten eine besondere Natur, welche der Entziehung usw. wegen bloßer Verschwendung widerspreche, die Schwierigkeiten der Durchführung seien besonders erheblich, z. B. bei der Wiederverehelichung. Das geringe Geltungsgebiet des Instituts in Deutschland beweise seine Entbehrlichkeit" (Begründung S. 738).

notwendige Ergänzung der völligen Enterbung ordnet er an, daß dem Exheredierten jedenfalls der lebenslängliche Nießbrauch seines Pflichtteils zu verbleiben hat.[6]) Schließlich verdient noch Beachtung die Vorschrift des § 274 Abs. 3, welche in der Fürsorge für den Enterbten noch über das gemeine Recht hinausgeht. Die Begründung (S. 730) sagt hierüber: „Diese Bestimmung ist der Reichskonkursordnung § 1 Abs. 2 nachgebildet. Die Gläubiger, welche einem Verschwender borgen, können sich darüber nicht beklagen."

Wir fassen zusammen: Der Vorentwurf hält das alte Rechtsinstitut der exheredatio bona mente einer Konservierung im modernen Rechte für durchaus würdig, er gestattet völlige Enterbung unter Belassung des Pflichtteilsnießbrauchs und unter gleichzeitiger Sicherung des angemessenen Unterhalts vor den Zugriffen etwaiger Gläubiger, jedoch nur im Falle der Verschwendungssucht und nur gegenüber Abkömmlingen oder an Kindes Statt Angenommenen. Von dieser Gestaltung der Enterbung aus guter Absicht dürfen wir sagen, daß sie sich trotz nicht geringer Verschiedenheiten im wesentlichen an das römische und gemeine Recht anlehnt, nicht zum mindestens auch deshalb, weil die Zulässigkeit der Enterbung in keiner Weise von dem Vorhandensein von Enkeln abhängig gemacht, sondern vielmehr das Wohl des Noterben selbst einzig zur Richtschnur genommen wird.

Die Änderungsvorschläge des Referenten zu dem Entwurf von 1879 vom Jahr 1886 ließen den § 275 unberührt und beeinflußten den § 274 nur in unwesentlichen Punkten.

II. Die einzelnen Teilentwürfe, darunter auch die Vorlage des Redaktors von Schmitt, wurden der Beratung der Gesamtkommission unterworfen und zu dem „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich; erste Lesung; (E. I)" verarbeitet. Der Entwurf[7]) hält die von Schmitt

---

[6]) Begründung S. 729.

[7]) § 2002: „Wenn ein Abkömmling durch verschwenderische Lebensweise oder verschwenderische Geschäftsführung die Besorgnis rechtfertigt, daß er sich und seine Familie dem Notstande preisgibt, oder wenn ein Abkömmling dergestalt mit Schulden belastet ist, daß sein Vermögen auch mit Einschluß des Pflichtteils zur Befriedigung der Gläubiger nicht hinreicht, so kann der Erblasser, sofern er dem Abkömmling als Erben mindestens die Hälfte des gesetzlichen Erbteils hinterläßt, in Ansehung des hinterlassenen Erbteils für die Zeit nach dem Tode des Abkömmlings die gesetzlichen Erben desselben als Nacherben einsetzen und zugleich anordnen, daß der Abkömmling den Nacherben Sicherheit zu leisten habe.

Auf das dem Abkömmling als Vorerben zustehende Recht finden die Vorschriften des § 1298 und des § 1299 Abs. 1, 3, die letzteren mit der Maßgabe, daß nur der notdürftige Unterhalt in Betracht kommt, entsprechende Anwendung.

Die Anordnung der Nacherbfolge ist unwirksam, wenn der dieselbe rechtfertigende Grund zur Zeit des Erbfalls nicht mehr vorhanden ist."

vorgeschlagene Aufnahme der exheredatio bona mente in das künftige Recht aufrecht[8]) und bringt damit eine grundsätzliche Billigung der vom Vorentwurf vertretenen Auffassung,[9]) verändert aber die von Schmitt geschaffene Gestaltung des Rechtsinstituts in teilweise wesentlichen Punkten. Dies sehen wir zunächst in der Frage der Enterbungsgründe. Der Entwurf hält zwar an dem Standpunkt des Vorentwurfs bezüglich der Prodigalität im allgemeinen fest, verlangt aber einen so hohen Grad von Verschwendungssucht, daß deutlich eine äußerst zurückhaltende Tendenz der Kommission zum Ausdruck kommt. Dem scheint der Umstand zu widersprechen, daß als neuer Enterbungsgrund Verschuldung in den Entwurf eingestellt wird, allein das Maß der Verschuldung, welches gefordert wird, ist so außergewöhnlich groß, daß die an sich wohltätige Wirkung dieser Bestimmung auf einen sehr engen Kreis von Anwendungsfällen beschränkt bleibt. Die Kommission[10]) sucht ihren Standpunkt mit dem Hinweis darauf zu rechtfertigen, daß es willkürlich und auch zu hart wäre, wenn dem Abkömmling eine mögliche und vielleicht sogar noch einen Überschuß lassende vollständige Schuldenbereinigung dadurch abgeschnitten würde, daß lediglich Überschuldung erfordert würde. § 275 des Vorentwurfs kehrt in E. I nicht wieder.[11]) Den Kreis der zu enterbenden Personen bestimmt E. I ganz in Anlehnung an den Vorentwurf und aus den gleichen Erwägungen heraus.[12])

Dagegen nimmt er in der Frage des Inhalts der dem Erblasser einzuräumenden Befugnis eine durchaus andere Stellung ein. Im Anschluß an das preußische und sächsische Recht wird eine gänzliche Enterbung verboten. Der Testator wird gehalten, dem Abkömmling seinen Pflichtteil als Erben zuzuwenden und es wird ihm nur gestattet den Noterben durch Anordnung einer Nacherbschaft und Sicherheitsleistung zu beschränken.[13]) Der

---

[8]) Entgegen einem Antrag 4 auf Streichung des § 274 des Vorentwurfs s. Protokolle erster Lesung S. 10300—10302.

[9]) Für die Erwägungen der Kommission (die Erhaltung des Familienvermögens liege im wohlverstandenem Interesse des Pflichtteilsberechtigten selbst) vgl. Prot. S. 10302—10304 und Motive Bd. V S. 438.

[10]) Prot. S. 10305—10307. Mot. Bd. V S. 439.

[11]) Prot. S. 10311—10312. Mot. Bd. V S. 441: „Gegen eine derartige Vorschrift spricht außer den Gründen, welche die Nichtaufnahme der Pupillarsubstitution rechtfertigen, schon der Umstand, daß es nicht der Willkür des Erblassers überlassen werden kann, das dem Abkömmling Hinterlassene den gesetzlichen Erben des Abkömmlings zu entziehen und dadurch mittelbar wiederum den Pflichtteil des Abkömmlings zu mindern, während er schon das gesetzliche Recht auf den Pflichtteil mindern darf."

[12]) Vgl. Mot. Bd. V S. 442, 445.

[13]) Mot. Bd. V S. 440. (Prot. S. 10307—10309): „Die dem Erblasser gewährte Erweiterung der Privatautonomie genügt. Das Gesetz gewinnt an Einfachheit, wenn

hier eingeschlagene Weg macht es anders als im Vorentwurf natürlich unnötig durch besondere Bestimmungen für den Lebensunterhalt des Abkömmlings zu sorgen. Es bleibt aber nach wie vor notwendig, den gewährten Lebensunterhalt vor den Zugriffen etwaiger Gläubiger zu sichern.[14]) Diese Aufgabe löst der Entwurf durch den Hinweis auf die §§ 1298 und 1299 der Sache nach im wesentlichen wie der Vorentwurf. Als eine zweckmäßige Neuerung ist noch der Abs. 3 des § 2002 hervorzuheben, welcher den Wegfall der auferlegten Beschränkung anordnet für den Fall, daß der Entziehungsgrund zwischen dem Zeitpunkt der Anordnung und dem Zeitpunkt des Erbfalls sich erledigt.[15])

---

dem Erblasser nur ein bestimmter Weg gewiesen wird, auf welchem die Zwecke am besten erreicht werden können, zu deren Erreichung das Institut aufgenommen ist. Dem Erblasser wird dadurch nicht zu nahe getreten, daß er diese Befugnis nur dann erlangt, wenn er den Pflichtteilsberechtigten zum Erben einsetzt. Handelt es sich doch nur um eine ausnahmsweise Erweiterung seiner Verfügungsbefugnis. Würde dem Erblasser die Wahl gelassen unter den verschiedenen möglichen Arten einer solchen Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten, bei welcher das Stammvermögen erhalten und dem Abkömmling nur die Nutzungen belassen werden, als Vermächtnis des Nießbrauchs, auflösend bedingtes Eigentum, Rentenrecht usw., so würde über das Bedürfnis hinausgegangen. Insbesondere steht dem entgegen, daß es an einer festen und klaren Grenze der Verfügungsbefugnis des Erblassers fehlen würde. Soll der Charakter der Entziehung aus guter Absicht gewahrt bleiben, so muß der Abkömmling materiell seinen Erbteil ganz und voll erhalten. Dieses Ziel erreicht der Entwurf in der von ihm festgesetzten Art und Weise der Beschränkung. Dasjenige was dem Abkömmling genommen wird, wird dessen gesetzlichen Erben zugewendet. Diese Sicherung der gesetzlichen Erben kann nicht als eine wirkliche Minderung des dem Abkömmling Gebührenden erscheinen, sobald der ethische Standpunkt festgehalten wird, daß es in gewissem Umfang jedem obliegt ererbtes Vermögen tunlichst seiner Familie zu erhalten . . . . Die Anordnung der Sicherheitsleistung an den Nacherben wird gestattet, weil eine solche Maßregel unter Umständen zur Wahrung des Familieninteresses erforderlich sein wird. Soweit die Verfügung nicht ein anderes ergibt, wird die Sicherheitsleistung von seiten eines zu bestellenden Pflegers verlangt werden können."

[14]) Mot. Bd. V S. 440. (Prot. S. 10309—10310): „Ohne eine solche Vorschrift würde die gute Absicht des Erblassers dem Pflichtteilsberechtigten zum offenbaren Nachteile gereichen. Das Gesetz selbst muß daher die von einer besonderen Bestimmung des Erblassers unabhängige Folge anknüpfen, daß die für den Abkömmling als Vorerben begründeten Rechte und die Einkünfte aus diesen Rechten ein der Pfändung, Veräußerung und Belastung entzogenes Vermögen bilden, dessen Rechtsschicksal auch nach außen hin mit dinglicher Wirkung dahin bestimmt wird, daß dasselbe, soweit die persönlichen Bedürfnisse des Abkömmlings und seiner Familie reichen, ausschließlich diesen Bedürfnissen zu dienen hat."

[15]) Mot. Bd. V S. 441. (Prot. S. 10307): „Die Befugnis des Erblassers eine solche Beschränkung anzuordnen ist nur auf die zur Zeit des Erbfalls noch fortdauernde Gefahr gegründet. Dieser Gefahr soll der Erblasser vorbeugen dürfen.

5

Wir rekapitulieren kurz die Ergebnisse der in dem Entwurf vorgenommenen Umarbeitung.[16]) Die exheredatio bona mente wird beibehalten, darf aber ihre Wirkung nicht mehr in der Entziehung des Pflichtteils äußern, sondern nur darin, daß der Abkömmling, dem der Pflichtteil unverkürzt belassen werden muß, durch Anordnung von Nacherbschaft und Sicherheitsleistung zugunsten der Familie in seiner Dispositionsbefugnis beschränkt wird. Als neuer Enterbungsgrund wird der bereits vorhandenen Prodigalität Überschuldung hinzugefügt und zugleich bestimmt, daß ein Wegfall dieser Gründe vor dem Tode des Testators den Wegfall der statuierten Beschränkung im Gefolge haben solle. Die bezeichneten Änderungen sind im großen und ganzen als zweckmäßige Verbesserungen zu begrüßen. Hervorzuheben ist, daß mit ihnen der Entwurf mehr und mehr von dem Standpunkt des römischen und gemeinen Rechts abrückt und sich der Auffassung des preußischen, sächsischen und österreichischen Rechts zuwendet, insbesondere ist eine die Kinder des Abkömmlings und dessen weitere Familie begünstigende Tendenz des Entwurfs unverkennbar, während die Rücksicht auf das Wohl des Noterben selbst mehr in den Hintergrund tritt.

III. Der Entwurf wurde 1888 veröffentlicht und der Kritik unterbreitet. Die Kritik äußerte sich überwiegend in einem der Aufnahme des Rechtsinstituts freundlichem Sinne. Der einzige Bingner empfahl die Streichung der betreffenden Bestimmungen, da ein Bedürfnis für sie nicht vorhanden und die mit ihnen verbundenen Mißstände überwiegend seien.[17])

Immerhin gingen die Meinungen derer, welche den § 2002 grundsätzlich billigten, in der Frage der näheren Ausgestaltung des Instituts weit auseinander. Baron und Wilke forderten, daß die Beschränkung schon bei einem viel geringeren Grad der Verschuldung, als der Entwurf vorsehe, zulässig sein solle. Wilke erklärte sich damit einverstanden, daß Unmündigkeit sowie Wahn- oder Blödsinn des Berechtigten keinen Enterbungsgrund mehr abgeben dürfen, während Petersen keinen Grund sah, im letzteren Fall die exheredatio bona mente auszuschließen. Petersen verlangte ferner die Erweiterung der Enterbungsmöglichkeit in der Richtung gegen Eltern und Ehegatte des Testators. Baron hielt es für zweckmäßig, die Nacherbeinsetzung nur zugunsten der Nachkommen des Pflichtteilsberechtigten zu gestatten. Petersen schlug vor, für den Fall der Beibehaltung

---

Gehört die Gefahr der Vergangenheit an, so kann von einer Verwirkung des Pflichtteilsrechts des Abkömmlings nicht mehr die Rede sein."

[16]) Vgl. noch Prot. S. 11384, 11432, 11433, 12264, 12265.

[17]) Vgl. die Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichsjustizamt. Bd. V Berlin 1890. S. 105—107.

der Nacherbfolge dem Erblasser neben der Befugnis zur Einsetzung von Nacherben das Recht zu geben die Nachkommen bzw. gesetzlichen Erben des Pflichtteilsberechtigten als Erben einzusetzen und diesen selbst auf den Nießbrauch oder eine Rente zu beschränken. Baron erachtete es für unnötig, daß der Pflichtteil in Form der Erbeinsetzung hinterlassen werden müsse.

Diese kritischen Äußerungen, welche neben Veraltetem viel Beachtenswertes enthielten, sollten alsbald die ihnen gebührende Berücksichtigung finden.

IV. Es wurde nämlich 1891 zwecks Umarbeitung des ersten Entwurfs eine zweite Kommission eingesetzt, welche die oben wiedergegebenen Vorschläge teilweise verwertete. Die Kommission beriet auf der Grundlage des § 2002 des E. I. Zu diesem Paragraphen lag eine Reihe von Anträgen vor. Es war zunächst beantragt, den § 2002 ganz zu streichen. Der Antrag wurde abgelehnt.[18]) Man trat nun in die Beratung der Voraussetzungen ein, unter welchen die Pflichtteilsbeschränkung im Sinne des § 2002 zulässig sein solle. Hierzu wurde beantragt, dem Eingang des Paragraphen folgende Fassung zu geben: „Hat ein Abkömmling sich in solchem Maße der Verschwendung ergeben oder ist er in solchem Maße überschuldet, daß ein späterer Erwerb desselben erheblich gefährdet wird, so kann der Erblasser ......“[19]) Diese eine mittlere Linie einhaltende Formel fand die Billigung der Kommission.[20])

---

[18]) Protokolle zweiter Lesung Bd. V S. 567.

[19]) Prot. Bd. V 566.

[20]) Prot. Bd. V S. 568: „Der Entwurf fasse die Voraussetzungen für die exheredatio bona mente zu eng, wenn er zunächst für den Fall einer verschwenderischen Lebensführung des Abkömmlings verlange, daß die Verschwendungssucht den Abkömmling und seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetze. Das für die Familie bestimmte Vermögen sei nicht allein dazu bestimmt, die Familienmitglieder vor der harten, bitteren Not zu bewahren. Wenn die Verschwendungssucht des Abkömmlings einen derartigen Grad erreicht habe, daß zwar noch nicht die Gefahr eines Notstandes für den Abkömmling und seine Familie bestehe, wohl aber ein späterer Erwerb des Abkömmlings, insbesondere der ihm durch die Erbschaft anfallende Erwerb erheblich gefährdet erscheine, so müsse dies genügen, um Beschränkungen des Erbteils des Abkömmlings nach Maßgabe des § 2002 bzw. der Anträge für zulässig zu erklären. Anlangend den weiteren Fall der Überschuldung, so sei es jedenfalls nicht richtig, diesen Fall ganz auszuscheiden. Man könne nicht sagen, daß der Abkömmling unter allen Umständen die Möglichkeit haben müsse seine Gläubiger aus seinem Erbteile zu befriedigen, weil sonst die Gläubiger schwer geschädigt werden könnten. Der künftige Erbteil, den jemand zu erwarten habe, bilde keine Grundlage für einen gesunden Kredit. Wenn die Gläubiger demungeachtet mit Rücksicht auf eine dem Schuldner möglicherweise später anfallende Erbschaft kreditiert hätten, so müßten sie es sich selbst zuschreiben, wenn sie sich in ihren Hoffnungen aus der Substanz der Erbschaft befriedigt zu werden getäuscht sähen. Die gleichen Gründe sprächen auch dafür, den

Die Kommission beschäftigte sich hierauf mit der Frage, welcher Inhalt dem Rechtsinstitut zu geben sei. Zu dieser Frage lagen acht Anträge[21]) vor, in denen man unschwer den Einfluß der oben auszugsweise

Begriff der Überschuldung im Sinne des § 2002 anders wie im Entwurf zu bestimmen. Nach dem Entwurf würden die nach § 2002 zulässigen Beschränkungen nur dann statthaft sein, wenn das Vermögen des Abkömmlings mit Einschluß des Pflichtteilsanspruchs zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreiche. Die Gläubiger würden mithin jedenfalls auf den vollen Betrag des Pflichtteilsanspruchs zu ihrer Befriedigung rechnen können, wenn der Pflichtteil dazu hinreiche. Es bestehe aber kein innerer Grund, den Gläubigern stets die Möglichkeit zu gewähren, den ganzen Betrag des Pflichtteils zu ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen, also auch dann, wenn die Schulden des Abkömmlings zwar noch nicht seinen Pflichtteil überstiegen, wohl aber bereits zu einer solchen Höhe angewachsen seien, daß ein späterer Erwerb des Abkömmlings erheblich gefährdet erscheine. Jedenfalls bestehe doch für den Erblasser die Möglichkeit den Abkömmling mit dessen Willen den im § 2002 näher bezeichneten Beschränkungen zu unterwerfen. Aber dafür, daß diese Beschränkungen auch gegen den Willen des Abkömmlings getroffen werden dürfen, sprächen die vorentwickelten Gründe, wonach das Familienvermögen den Familienangehörigen mindestens insoweit zu erhalten sei, daß es nicht sofort mit dem Erwerb infolge der Verschwendungssucht oder der Überschuldung des Erwerbers der Gefahr des Verlustes ausgesetzt sei. Ein hinreichender Grund den Fall der Überschuldung anders zu behandeln als den Fall der Verschwendung sei auch im übrigen nicht ersichtlich."

[21]) 1. Im Absatz 1 des § 2002 statt die „gesetzlichen Erben desselben" zu sagen „die Verwandten der ersten Linie sowie den Ehegatten desselben zu den Anteilen, zu welchen sie als gesetzliche Erben berufen sind."

2. Den Absatz 3 zu streichen.

3. Die zweite Hälfte des § 2002 dahin zu fassen: . . . so kann der Erblasser, wenn er dem Abkömmling einen mindestens den Pflichtteil deckenden Erbteil hinterläßt, für die Zeit nach dem Tode des Abkömmlings dessen Erben als Nacherben einsetzen und zugleich für die Lebenszeit des Abkömmlings einem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses ohne die in § 1907 bestimmte Verpflichtung übertragen. Der Abkömmling kann die Auslieferung des sich aus der Verwaltung ergebenden jährlichen Reingewinnes verlangen.

Die Anordnung ist unwirksam, wenn der sie rechtfertigende Grund zur Zeit des Erbfalls nicht mehr vorhanden ist.

4. Den § 2002 nach dem Antrag 3 anzunehmen, jedoch statt „einsetzen und zugleich" zu sagen „einsetzen; er kann außerdem".

5. Im § 2002 Abs. 1 statt „die gesetzlichen Erben desselben" zu sagen „die Verwandten der ersten und der zweiten Linie sowie den Ehegatten desselben zu den Anteilen, zu welchen sie als gesetzliche Erben berufen sind".

6. Im Antrag 3 nach den Worten „wenn er dem Abkömmlinge" fortzufahren „mindestens den Pflichtteil hinterläßt, für die Zeit nach dem Tode des Abkömmlings diejenigen, welche die gesetzlichen Erben desselben sein würden, zu den für die gesetzliche Erbfolge geltenden Anteilen als Nacherben oder als Nachvermächtnisnehmer einsetzen und zugleich für die Lebenszeit des Abkömmlings einem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Pflichtteils übertragen. Der Abkömmling kann" usw. wie im Antrag 3.

wiedergegebenen Kritiken erkennt. Die Kommission entschloß sich zunächst den vom ersten Entwurf betretenen Weg, gänzliche Enterbung zu verbieten und dafür Anordnung einer Nacherbfolge zu gestatten, gleichfalls einzuschlagen. Sie hielt es indes für zweckdienlich gemäß den Anträgen 3, 4 und 6 das Institut der Testamentsvollstreckung mit zu verwerten. Während jedoch die Anträge 3 und 6 die Testamentsvollstreckung lediglich zum Ersatz der von E. I vorgesehenen Sicherheitsleistung des Noterben neben der Nacherbschaft einführen wollten, entschied sich die Kommission im Sinne des Antragstellers zu 4 dafür, dem Erblasser die Wahl zu lassen entweder die Einsetzung eines Nacherben und die Berufung eines Testamentsvollstreckers kombiniert anzuordnen, oder jede dieser beiden Anordnungen für sich allein zu treffen.[22])

Der Antragsteller zu 6 hatte vorgeschlagen, die exheredatio bona mente davon unabhängig zu machen, daß der Erblasser dem Abkömmling mindestens den Pflichtteil als Erbteil hinterlasse. Die Kommission stimmte diesem Antrag zu, weil kein Grund vorhanden sei, dem Erblasser das ihm an sich zweifellos zustehende Recht zu entziehen, den Abkömmling auf einen obligatorischen Pflichtteilsanspruch zu verweisen, und weil ferner der in wohlmeinender Absicht Enterbte regelmäßig ein recht unbequemes Mitglied der Erbengemeinschaft sein würde.[23])

---

7. Den Absatz 1 dahin zu beschließen: „Setzt ein Abkömmling durch seine Verschwendung sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aus oder ist er mit Schulden dergestalt überlastet, daß sein Vermögen mit Einschluß des Pflichtteils zur Befriedigung der Gläubiger nicht hinreicht, so kann der Erblasser, wenn er dem Abkömmling einen mindestens den Pflichtteil deckenden Erbteil hinterläßt, für die Zeit nach dem Tode des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben als Nacherben einsetzen und zugleich dem Abkömmling die Verpflichtung auferlegen den Nacherben Sicherheit zu leisten. Der Erblasser kann auch den Betrag des Pflichtteils den gesetzlichen Erben des Abkömmlings in der Weise vermachen, daß sie dem Abkömmling eine dem Zinsertrage des Pflichtteils entsprechende lebenslängliche Rente zu entrichten und für die Entrichtung Sicherheit zu leisten haben." Und den Eingang des Abs. 3 zu fassen: „Die Anordnung des Erblassers ist unwirksam, wenn der sie rechtfertigende . . . . ".

8. Dem Absatz 3 folgende Fassung zu geben: „Der Abkömmling kann die Beschränkung anfechten, wenn der dieselbe rechtfertigende Grund zur Zeit des Erbfalls nicht mehr besteht. Die Anfechtung ist nur innerhalb einer der Ausschlagungsfrist gleichkommenden Frist zulässig."

[22]) Prot. Bd. V S. 570: „Denn ein Bedürfnis für die Einsetzung eines Nacherben sei nicht immer vorhanden, namentlich dann nicht, wenn der in wohlmeinender Absicht zu enterbende Abkömmling keine Kinder habe, solche auch nicht zu erwarten seien. In einem solchen Falle genüge es in der Regel, wenn der Erblasser nur durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers dafür Sorge trage, daß das Vermögen der Familie erhalten bleibe."

[23]) Prot. Bd. V S. 571.

Diejenigen Anträge, welche bezüglich des Kreises der zu berufenden Nacherben eine von dem ersten Entwurf abweichende Regelung bezweckten, lehnte die Kommission ab und ließ es in dieser Beziehung bei den Bestimmungen des E. I. Es veranlaßte sie dazu die Erwägung, daß die Anordnung der Nacherbschaft zugunsten der gesetzlichen Erben des Abkömmlings der natürliche, im geltenden Recht übliche Weg sei, um den mit der exheredatio bona mente angestrebten Zweck zu erreichen.[24])

Der Antrag 2 empfahl den Abs. 3 des § 2002 zu streichen, da die Möglichkeit eines Irrtums in der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse nahe liege. Der Antragsteller zu 8 ging nicht so weit, er riet aber, den Wegfall der Beschränkung nicht ipso jure eintreten zu lassen, sondern an eine vorausgehende Anfechtung zu knüpfen. Beide Anträge wurden abgelehnt und die fragliche Bestimmung in der Fassung des E. I wiederhergestellt. Die Beseitigung des Abs. 3 erschien der Kommission um deswillen nicht angängig, weil man sich sonst mit dem Grundsatz in Widerspruch setzen würde, daß dem Abkömmling der Pflichtteil nicht ohne zureichenden Grund entzogen werden könne, und was den Antrag 8 betrifft, so ging die Kommission davon aus, daß die beschränkende Vorschrift des § 2002 nicht weiter ausgedehnt werden dürfe, als es im Interesse des Abkömmlings liege, daß sie insbesondere nicht zur Benachteiligung der Gläubiger verwendet werden dürfe. Sei mithin der die Beschränkung rechtfertigende Grund zur Zeit des Erbfalls weggefallen, so müsse auch die Beschränkung als unwirksam angesehen werden.[25])

Es bleibt nur mehr die Frage übrig, welche Stellung die Kommission

---

[24]) Prot. Bd. V S. 573: „Schlage man diesen Weg überhaupt ein, so sei es nicht angängig die Anordnung der Nacherbschaft auf die gesetzlichen Erben erster Ordnung zu beschränken. Denn die Anordnung der Nacherbschaft zugunsten der Geschwister sei eine der häufigsten und verbreitetsten Arten der Substitution. Aber auch die Beschränkung auf die gesetzlichen Erben zweiter Ordnung ziehe der Verwendung des Instituts der Nacherbschaft zu enge Grenzen. Es erscheine namentlich natürlich und wünschenswert, wenn auch die Substitution des Großvaters des Abkömmlings zugelassen werde, überhaupt könne man, besonders wenn der Enterbte zur Zeit des Erbfalls noch unverheiratet sei, gar nicht übersehen, ob er solche Personen hinterlassen werde, welche als Nacherben berufen werden dürften, wenn der Kreis der zulässigen gesetzlichen Erben beschränkt werde. Es sei deshalb richtiger die Anordnung der Nacherbschaft ohne Beschränkung zuzulassen und darauf zu vertrauen, daß der Erblasser ohnehin ganz entfernte Verwandte des Abkömmlings oder gar den Fiskus nicht substituieren werde. Daß der Erblasser die Berufung der gesetzlichen Erben des Abkömmlings als Nacherben oder Nachvermächtnisnehmer auf die Erben erster Ordnung oder auf die Erben der ersten und der zweiten Ordnung usw. beschränken könne, sei nicht zu bezweifeln."

[25]) Prot. Bd. V S. 578.

zu der im Abs. 2 des § 2002 enthaltenen Bestimmung einnahm. In dieser Beziehung lag ein Antrag vor, welcher den Abs. 2 aus dem Entwurf entfernen und zum Ersatz im Art. 11 des Entwurfs des EG. eine entsprechende Vorschrift als § 749 e in die ZPO. einstellen wollte.[26]) Die Bestimmung im § 749 e verfolgte den gleichen Zweck wie Abs. 2 des § 2002 und hatte im wesentlichen gleichen Inhalt. Der Hauptunterschied lag darin, daß sie aus dem BGB. ausgeschieden und in die ZPO. verwiesen werden sollte. Da die §§ 1298 und 1299 E. I, welche in dem § 2002 zitiert werden, von der Kommission in früheren Sitzungen bereits gestrichen und zu ihrem Ersatz entsprechende Vorschriften in die ZPO. eingestellt worden waren, erklärte sich die Kommission mit dem Antrag einverstanden.

Auf Grund der vorstehenden Beratungen wurde § 2002, der in E. II als § 2203[27]) erscheint, in untenstehender Fassung angenommen. Wenn wir nun diese Bestimmung mit § 2002 E. I vergleichen, fallen uns schwerwiegende Verschiedenheiten auf und wir erkennen, daß E. II zwischen den verhältnismäßig freien Bestimmungen des Vorentwurfs und den stark einengenden Vorschriften des E. I einen Mittelweg eingeschlagen hat. Die Formulierung der Voraussetzungen der Enterbung ist zwar im Anschluß an § 2002 aber in einem dem Institut wesentlich günstigeren Sinne er-

---

[26]) Prot. Bd. V S. 574. § 749 e: „Ist der Schuldner in Ansehung einer ihm angefallenen Erbschaft nach § 2002 des BGB. durch die Einsetzung eines Nacherben oder durch die Übertragung der Verwaltung der Erbschaft auf einen Testamentsvollstrecker beschränkt, so sind die Nutzungen der Erbschaft oder der dem Schuldner zustehende Anspruch auf den sich aus der Verwaltung ergebenden jährlichen Reingewinn der Pfändung nicht unterworfen, soweit die Nutzungen oder der Reingewinn zur Erfüllung der dem Schuldner, seiner Ehefrau und seinen Verwandten gegenüber obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines eigenen standesmäßigen Unterhalts erforderlich sind. Erfolgt die Zwangsvollstreckung wegen des Anspruchs eines Nachlaßgläubigers oder auf Grund eines auch dem Nacherben oder dem Testamentsvollstrecker gegenüber wirksamen Rechts, so unterliegt sie der Beschränkung nicht."

[27]) § 2203: „Hat sich ein Abkömmling in solchem Maße der Verschwendung ergeben oder ist er in solchem Maße überschuldet, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird, so kann der Erblasser das Pflichtteilsrecht des Abkömmlings durch die Anordnung beschränken, daß nach dem Tode des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben das ihm Hinterlassene oder den ihm gebührenden Pflichtteil als Nacherben oder als Nachvermächtnisnehmer nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollen. Der Erblasser kann auch für die Lebenszeit des Abkömmlings die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker übertragen und diesen von der im § 2086 bestimmten Verpflichtung entbinden; der Abkömmling hat in einem solchen Falle Anspruch auf den jährlichen Reinertrag.

Auf Anordnungen dieser Art finden die Vorschriften des § 2201 Abs. 1—3 entsprechende Anwendung. Die Anordnungen sind unwirksam, wenn der Grund der Einschränkung zur Zeit des Eintritts des Erbfalls nicht mehr besteht."

folgt. Die lästige Vorschrift, die dem Abkömmling seinen Pflichtteil ohne inneren Grund als Erben erhalten wollte, ist verschwunden. Vor allem aber hat der Inhalt der dem Erblasser einzuräumenden Rechte eine wertvolle Bereicherung dadurch erfahren, daß ihm gestattet wurde, sowohl neben wie anstatt der Nacherbschaft eine Testamentsvollstreckung anzuordnen. Schließlich ist noch zu erwähnen, daß die Bestimmungen über die Sicherung des Abkömmlings vor dem Zugriff der Gläubiger zwar inhaltlich keine tiefer greifende Umgestaltuug erfahren haben, aber von den übrigen Bestimmungen über die exheredatio bona mente äußerlich getrennt und in die ZPO. eingestellt worden sind. Wir können nicht umhin in diesen Vorschriften durchweg zweckmäßige Verbesserungen zu erkennen, zugleich aber auch insbesondere im Hinblick auf die Verwertung des Institus der Testamentsvollstreckung eine immer kräftigere Verselbständigung des deutschen Rechts gegenüber seinem Vorbild, dem römischen.

V. a) Der so fertig gestellte E. II wurde von der Kommission nicht sofort dem Bundesrat unterbreitet, sondern vorher noch einer durchgreifenden Revision unterzogen. Die Revision ließ auch die exheredatio bona mente nicht unberührt. Es wurde beantragt im Satz 2 des Abs. 1 des § 2203 die Worte: „und diesen ...... entbinden“ zu streichen. Der Antrag wurde angenommen in der Erwägung, daß, solange der Testamentsvollstrecker das dem Pflichtteilsberechtigten Hinterlassene zu verwalten habe, der Fall des § 2086 nicht vorliege.[28]) § 2203 erscheint nunmehr — unter Berücksichtigung des vorstehenden Antrags und redaktioneller Änderungen im Abs. 2 — als § 2312 der Bundesratsvorlage.[29])

Mit der damit festgestellten Fassung des Rechtsinstituts hatte der in der Vorlage des Redaktors von Schmitt begonnene Entwicklungsgang sein Ende erreicht, die exheredatio bona mente war zur Pflichtteilsbeschränkung modifiziert. Der § 2312 der Bundesratsvorlage ging unverändert in das

---

[28]) Prot. Bd. VI S. 356/57.

[29]) § 2312: „Hat sich ein Abkömmling in solchem Maße der Verschwendung ergeben oder ist er in solchem Maße überschuldet, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird, so kann der Erblasser das Pflichtteilsrecht des Abkömmlings durch die Anordnung beschränken, daß nach dem Tode des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben das ihm Hinterlassene oder den ihm gebührenden Pflichtteil als Nacherben oder als Nachvermächtnisnehmer nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollen. Der Erblasser kann auch für die Lebenszeit des Abkömmlings die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker übertragen; der Abkömmling hat in einem solchen Falle Anspruch auf den jährlichen Reinertrag.

Auf Anordnungen dieser Art finden die Vorschriften des § 2310 Abs. 1 bis 3 entsprechende Anwendung. Die Anordnungen sind unwirksam, wenn zur Zeit des Erbfalls der Abkömmling sich dauernd von dem verschwenderischen Leben abgewendet hat oder die den Grund der Anordnung bildende Überschuldung nicht mehr besteht.“

Bürgerliche Gesetzbuch über. Zwar arbeitete der Bundesrat den ihm vorgelegten Entwurf nicht unerheblich um — das Ergebnis dieser Revision kam als sogenannte Reichstagsvorlage am 17. Januar 1896 an den Reichstag — aber der § 2312 erfuhr keine Umgestaltung. Er erhielt nur eine andere Ziffer und bildet den § 2311 der Reichstagsvorlage. Hervorzuheben ist noch die der Vorlage beigegebene Denkschrift, welche auf S. 741/42 eine kurze Erläuterung des Paragraphen bringt. Auch der Reichstag änderte manches an dem Gesetzentwurf, doch § 2311 blieb unberührt. Man gab ihm lediglich — wie schon im letzten Entwurf geschehen war — eine andere Paragraphennummer: aus § 2311 der Reichstagsvorlage wurde § 2338 des Gesetzes.[30])

b) Wir kehren zu der zweiten Beratung des E. II durch die Kommission zurück. Der E. II enthielt in § 1386[31]) Bestimmungen über die Entziehung und Beschränkung des Anteils am Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft. Der § 1389 des E. I hatte eine dem § 1386 II entsprechende Bestimmung noch nicht gehabt, weil man bei Beratung des E. I die Anwendung der Vorschriften des § 2002 auf die Entziehung des Anteils am Gesamtgut wegen der hieraus entstehenden Verwicklungen für untunlich hielt.[32]) Während der zweiten Beratung des E. II wurde nun bei Besprechung der §§ 1382, 1386, 1400 der Antrag eingebracht zu § 749 e der ZPO. in der Fassung, die er bei der ersten Beratung erhalten hatte, folgenden Abs. 3 als Ergänzung zu beschließen:[33])

„Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn der Anteil eines Abkömmlings an dem Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach § 1386 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs einer Beschränkung der im Abs. 1 bezeichneten Art unterworfen ist."

Der Antrag fand widerspruchslose Annahme.

Nach der Anmerkung zu § 2312 des BGB. — E. II § 2203 — sollte, unter Berücksichtigung des eben erwähnten Antrags untenstehende

---

[30]) Aus den gleichen Gründen aus dem im Abs. 2 angeführten § 2310 der § 2336.

[31]) „Jeder Ehegatte kann für den Fall, daß mit seinem Tode die fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt, einem anteilsberechtigten Abkömmling den diesem nach der Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft gebührenden Anteil am Gesamtgute durch Verfügung von Todes wegen entziehen, wenn er berechtigt sein würde, dem Abkömmling den Pflichtteil zu entziehen.

Der Ehegatte kann auch, wenn er nach § 2002 (Entw. I) berechtigt sein würde, den Abkömmling in Ansehung des Erbteils zu beschränken, eine entsprechende Beschränkung des Abkömmlings in Ansehung des Anteils am Gesamtgut anordnen."

[32]) Mot. Bd. IV S. 445.

[33]) Prot. Bd. VI S. 294.

Vorschrift als § 749e in die ZPO. eingestellt werden.[34]) Hierzu lagen nun folgende drei Anträge vor:

a) Im Abs. 1 Satz 1 des § 749e der ZPO. statt „seiner Ehefrau" zu setzen „seinem Ehegatten".

b) Dem Abs. 1 des § 749e der ZPO. als Satz 3 beizufügen: „Hat der Schuldner einem geschiedenen Ehegatten Unterhalt zu gewähren, so sind die Nutzungen oder der Anspruch auf den Reinertrag auch insoweit der Pfändung nicht unterworfen, als sie zur Erfüllung dieser Unterhaltspflicht erforderlich sind."

c) Den so gestalteten § 749e als § 754e in die ZPO. einzustellen.

Der Antrag a wurde als Berichtigung eines redaktionellen Versehens gebilligt, der Antrag b fand gleichfalls Billigung, der Antrag c wurde der Redaktionskommission überwiesen. So erwuchs aus § 749e der § 754e der Bundesratsvorlage.[35]) Der Bundesrat unterwarf den Paragraphen einigen Änderungen.Am 9. Dezember 1897 legte der Reichskanzler dem

---

[34]) Prot. Bd. VI S. 726: „Ist der Schuldner als Erbe nach § 2312 des BGB. durch die Einsetzung eines Nacherben beschränkt, so sind die Nutzungen der Erbschaft der Pfändung nicht unterworfen, soweit sie zur Erfüllung der dem Schuldner seiner Ehefrau und seinen Verwandten gegenüber gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines eigenen standesmäßigen Unterhaltes erforderlich sind. Das gleiche gilt, wenn der Schuldner nach § 2312 des BGB. durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist, für seinen Anspruch auf den jährlichen Reinertrag.

Die Pfändung ist unbeschränkt zulässig, wenn der Anspruch eines Nachlaßgläubigers oder ein auch dem Nacherben oder dem Testamentsvollstrecker gegenüber wirksames Recht geltend gemacht wird.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn der Anteil eines Abkömmlings an dem Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach § 1498 Abs. 2 des BGB. einer Beschränkung der im Abs. 1 bezeichneten Art unterworfen ist."

[35]) Art. 2 des Entwurfs eines Gesetzes betreffend Änderungen des GVG., der ZPO., der KO. und der Einführungsgesetze zur ZPO. und zur KO. (die §§ des BGB. sind nach den Reichstagsdrucksachen Nr. 87, 87a zitiert): „Ist der Schuldner als Erbe nach § 2311 des BGB. durch die Einsetzung eines Nacherben beschränkt, so sind die Nutzungen der Erbschaft der Pfändung nicht unterworfen, soweit sie zur Erfüllung der dem Schuldner seinem Ehegatten und seinen Verwandten gegenüber gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines standesmäßigen Unterhalts erforderlich sind. Das gleiche gilt, wenn der Schuldner nach § 2311 des BGB. durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist, für seinen Anspruch auf den jährlichen Reinertrag. Hat der Schuldner seinem geschiedenen Ehegatten Unterhalt zu gewähren, so sind die Nutzungen oder der Anspruch auf den Reinertrag auch insoweit der Pfändung nicht unterworfen, als sie zur Erfüllung dieser Unterhaltspflicht erforderlich sind.

Die Pfändung ist unbeschränkt zulässig, wenn der Anspruch eines Nachlaßgläubigers oder ein auch dem Nacherben oder dem Testamentsvollstrecker gegenüber wirksames Recht geltend gemacht wird.

Reichstag den Entwurf eines Gesetzes betreffend Änderungen der ZPO. vor.[36]) In diesem erscheint § 754 e als § 754 f[37]) der ZPO.[38])

Mit der in der Reichstagsvorlage enthaltenen Normierung hat die Geschichte des § 274 Abs. 3 des Vorentwurfs ihr Ende erreicht. Der Reichstag nahm den § 754 f unverändert an und er bildet nunmehr den § 863 der Zivilprozeßordnung neuer Fassung.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn der Anteil eines Abkömmlings am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach § 1496 Abs. 2 des BGB. einer Beschränkung der im Abs. 1 bezeichneten Art unterliegt."

[36]) Reichstagsdrucksachen: 9. Legislaturperiode, V. Sess., Aktenstück Nr. 61.

[37]) § 754 f: „Ist der Schuldner als Erbe nach § 2338 des BGB. durch die Einsetzung eines Nacherben beschränkt, so sind die Nutzungen der Erbschaft der Pfändung nicht unterworfen, soweit sie zur Erfüllung der dem Schuldner seinem Ehegatten, seinem früheren Ehegatten oder seinen Verwandten gegenüber gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines standesmäßigen Unterhalts erforderlich sind. Das gleiche gilt, wenn der Schuldner nach § 2338 des BGB. durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist, für seinen Anspruch auf den jährlichen Reinertrag.

Die Pfändung ist unbeschränkt zulässig, wenn der Anspruch eines Nachlaßgläubigers oder ein auch dem Nacherben oder dem Testamentsvollstrecker gegenüber wirksames Recht geltend gemacht wird.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn der Anteil eines Abkömmlings an dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach § 1513 Abs. 2 des BGB. einer Beschränkung der im Abs. 1 bezeichneten Art unterliegt."

[38]) Die der Novelle beigegebene Begründung bemerkt hierzu auf S. 179/180 „Die Gläubiger des Abkömmlings werden durch diese Beschränkung nicht verletzt, da sie auf den Nachlaß keinerlei Recht haben. Dagegen muß die Beschränkung selbstverständlich wegfallen, wenn der Anspruch eines Nachlaßgläubigers oder ein auch dem Nacherben oder dem Testamentsvollstrecker gegenüber wirksames Recht geltend gemacht wird. Die Vorschrift des § 754 f Abs. 3 betrifft den Fall, daß ein Ehegatte gemäß § 1513 Abs. 2 BGB. den Anteil eines Abkömmlings an dem Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft einer Beschränkung der im § 2338 vorgesehenen Art unterworfen hat. In diesem Falle sollen mit Rücksicht auf die Gleichheit der Rechtslage die Vorschriften des § 754 f Abs. 1, 2 entsprechende Anwendung finden."